

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
TÉMOIGNAGE INSTRUMENTAIRE

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 12 décembre 1910, à 4 h. 1/2

PAR

Henri LÉVY-BRUHL

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. GIRARD.

*Suffragants : { MM. ESMEIN, { professeurs.
AUDIBERT,*

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE

TÉMOIGNAGE INSTRUMENTAIRE

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 12 décembre 1910, à 4 h. 1/2

PAR

Henri LÉVY-BRUHL

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. GIRARD.

Suffragants : { MM. ESMEIN, { professeurs.
AUDIBERT,

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

B. G. U. = Ägyptische Urkunden aus den Königlischen Museen zu Berlin
Griechische Urkunden, 1895 ss.

Lenel (suivi d'un nom de nombre) = O. Lenel, Palingenesia juris civilis,
2 vol., 1889 (Le nombre indique le n° d'ordre du jurisconsulte cité).

N. R. H = Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.

Z. Sav. St. = Zeitschrift der Savigny. — Stiftung für Rechtsgeschichte.
Romanistische Abtheilung.

L E

TÉMOIGNAGE INSTRUMENTAIRE

EN DROIT ROMAIN

AVANT-PROPOS

Il peut paraître surprenant de faire du témoignage instrumentaire en droit romain l'objet d'une monographie. Dans l'opinion commune le témoignage instrumentaire n'a pas d'existence propre. Il tire toute sa substance du témoignage judiciaire dont il n'est qu'une modalité : les deux idées de témoignage et de preuve nous paraissent aujourd'hui indissolublement liées. Mais cette conception ne résiste pas à un examen attentif des faits. Le témoignage instrumentaire ancien est indépendant de toute contestation, même éventuelle. Ce n'est pas une institution essentiellement procédurale. Son objet n'est pas de fournir au juge des moyens d'investigation, et si c'est là, dès le plus ancien droit, une de ses utilités, nous verrons qu'elle n'est pas, à l'origine, la seule, ni la plus importante.

Ainsi le témoignage instrumentaire ne se confond pas

avec le témoignage judiciaire, mais cette considération ne suffirait pas à justifier notre étude, car on peut se demander si le témoignage instrumentaire est une véritable institution, ayant son unité, son caractère propre, possédant une forme et des effets juridiquement définis. Il se présente, au premier abord, comme un élément de forme accompagnant les actes les plus hétérogènes. D'autre part il n'est pas un élément général et universel de forme des actes juridiques et ne peut pas, en conséquence, être étudié comme tel. Il ne semble pas, dès lors, qu'il puisse donner matière à un travail d'élaboration juridique. Pourtant ce n'est là encore qu'une apparence. De l'analyse des principales hypothèses de témoignage de l'ancien droit romain et de leur classement méthodique, il résulte que ce témoignage n'accompagne pas arbitrairement telle institution ou telle autre, mais que, bien au contraire, l'existence ou l'absence du témoignage peut se justifier pour des raisons de fond. C'est dire que le témoignage instrumentaire est lui-même une véritable institution juridique ayant en propre ses formes et ses effets. Si ce caractère a pu être contesté, c'est qu'il n'apparaît en pleine lumière qu'à l'époque la plus ancienne, pour laquelle les textes sont rares. Il n'en est pas moins certain.

Ainsi le témoignage instrumentaire est à nos yeux un véritable sujet d'étude juridique. Ce qui nous a déterminé à le choisir, c'est qu'il était relativement inexploré. La bibliographie spéciale du témoignage instrumentaire

romain se réduit à l'intéressant travail de Bruns publié en 1877 (1), qui ne porte d'ailleurs que sur un point particulier de la matière. Après cette étude, ni auparavant, aucun romaniste n'a traité la question dans son ensemble. Cette petite lacune de la science romanistique moderne s'explique, croyons-nous, plus qu'elle ne se justifie, par ce fait, que les jurisconsultes romains ne semblent pas s'être souciés de construire une théorie du témoignage instrumentaire. On ne trouve à ce sujet, chez les plus illustres d'entre eux, que des indications éparses, des solutions de détail. Ils n'ont pas appliqué à notre matière l'esprit de systématisation juridique qu'ils exercèrent sur tant d'autres. C'est peut-être à cause de cela, nous le verrons, que le témoignage ne présente pas, à l'époque classique, l'aspect d'une institution juridique nettement caractérisée.

Quoi qu'il en soit, il nous a paru intéressant de rechercher quels étaient la nature du témoignage instrumentaire et son fonctionnement aux diverses époques du droit Romain. Nous avons divisé cette étude en trois parties qui correspondent d'une façon assez approchée à la division tripartite traditionnelle du droit Romain : ancien droit, droit classique, droit du Bas-Empire. Notre institution nous a paru en effet offrir, dans chacune de ces périodes, un caractère nettement distinct.

(1) *Die 7 Zeugen des Römischen Rechts*, in *Commentationes philologæ in honorem Mommseni*, 1877 = *Kleinere Schriften*, II, 1882, pp. 119-138. Nous avons cependant tiré grand profit aussi de certains travaux de M.H. Erman qui seront indiqués à leur place.

Quant à la méthode que nous avons suivie, notre plus grande ambition serait qu'on y reconnût l'enseignement de notre maître, M. le professeur Girard, sous la direction de qui nous avons entrepris ce travail, et que nous remercions ici respectueusement de ses bienveillants conseils. Si, principalement dans la première partie de cette étude l'état défectueux de nos sources nous a contraint de proposer un certain nombre d'hypothèses, nous avons toujours eu le soin de les donner comme telles.

Ce nous est un devoir agréable, en terminant, de remercier respectueusement MM. les professeurs Audibert et Cuq qui ont bien voulu accueillir dans leurs séminaires certaines parties de ce travail.

INTRODUCTION

Nous devons, au début de nos recherches, donner une définition, au moins provisoire, de leur objet, et cette règle de méthode s'impose ici d'autant plus impérieusement que le témoignage instrumentaire ne présente pas au premier abord l'aspect d'une institution juridique bien caractérisée, ayant une fonction propre nettement délimitée. Il semble, au contraire, qu'il y ait quelque hardiesse à la présenter comme une institution distincte, et qu'elle ne soit composée que d'éléments hétéroclites. Nous nous attacherons dans cette introduction à détruire cette impression.

Nous ne trouverons pas dans la philologie le moyen de faire cesser l'équivoque. La terminologie du témoignage instrumentaire lui est en effet commune avec d'autres institutions voisines, mais différentes, et c'est précisément cette indifférenciation des termes qui a fait naître, dans la plupart des cas, la confusion que nous cherchons à dissiper. L'étymologie des mots qui désignent le témoin nous montre clairement que cette communauté de dénomination est fortuite, et qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter.

Dans la première édition de son *Esprit du Droit Romain*, Ihering avait admis que le mot qui désigne le té-

moins *testis* était dérivé de la racine « *leg* » et renfermait dès lors une idée de protection. Mais, ainsi qu'il l'a plus tard très loyalement reconnu lui-même (1), cette étymologie est certainement fautive. Des travaux récents ont établi que *testis* : osque *testus* = *tertius* et désigne par conséquent une tierce personne (2). On voit immédiatement combien ce sens est large et combien difficilement il peut servir de critère, ou même nous éclairer sur l'origine de notre institution. Et, de fait, ce mot *testis* s'applique à un certain nombre de personnages qu'il nous faut soigneusement distinguer de nos témoins instrumentaires.

Les Dieux dans le serment sont qualifiés de *testes*, mais il semble bien qu'ici le mot *testis* ait un sens très fort, qui équivaut presque au mot « arbitre ». Les Dieux ne voulant être appelés que pour des causes justes (3), faire

(1) *Esprit du Droit romain*, I, 143, n. 76.

(2) Brugmann, *Abrégé de grammaire comparée des langues indo-européennes*, trad. Meillet, Paris, 1905, p. 231 : *testis* « témoin » plus anciennement *terstis*, de *tri-sti-s* (cf. *stari* « celui qui assiste en tiers » : cf. osq., *tristaamentud* « *testamenta* » Cf. Id. *Kurze Vergleichende Grammatik*, 1904, p. 220. Cette étymologie, proposée par Skutsch in Bezzenger's *Beiträgen zur Kunde der indogerman. Sprachen*, XXIII, p. 100 ss., est aujourd'hui universellement admise. Cf. Solmsen in *Zeitschrift f. vergleich. Sprachforschung*, XXXVII, p. 18. Walde, *Lateinisch Etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg, 1904), v° *testis*, p. 625. Aussi nous abstenons-nous de discuter les objections dont elle a été l'objet de la part de Schlossmann (*Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, 1904, p. 105, n. 4), ainsi que de mentionner les nombreuses autres étymologies proposées, qui sont toutes périmées.

(3) Beaucoup de textes sont rassemblés dans Brissonius, *De formulis*

appel à leur *testimonium*, c'est placer sa parole sous la garantie de leur puissance supérieure, et c'est en même temps s'exposer à de graves préjudices si on les invoque à tort. De sorte que le seul fait du serment constitue une présomption, et, dans certains cas, une preuve de véracité (1). Le témoignage instrumentaire peut affecter, nous le verrons, des formes plus ou moins accentuées, mais en aucun cas, en droit romain tout au moins, le témoin ne sera assimilable à un arbitre (2), et d'autre part, la garantie qu'il donne n'aura jamais un caractère religieux. Il y a là une double différence qui ne nous permet pas de considérer l'attestation aux Dieux comme un cas de témoignage instrumentaire et qui exclut le serment de notre champ d'étude.

Plus délicats à déterminer sont les rapports du témoignage judiciaire avec notre témoignage instrumentaire. Il semble, à première vue, qu'il y ait là une seule et même institution, qui se serait plus tard plus ou moins bien différenciée. C'est là encore une illusion, provoquée ou

solemnibus... Halæ et Lipsiæ, 1731, pp. 694 ss. Cf. Danz, *Der sacrale Schutz*, Iéna, 1857, pp. 33-47

(1) Denys d'Halicarnasse, *Ant. Rom.*, XI, 11.

(2) Ce raisonnement est développé dans la Déclamation CCCXII, attribuée à Quintilien (Ed. Ritter, p. 226). L'efficacité de l'attestation aux Dieux vient de l'attestation même. Cf. R. Hirzel, *Der Eid*, Leipzig, 1902, p. 25. Plus tard, le serment fut considéré comme un appel, non plus aux Dieux, mais à la conscience. Cic., *De officiis*, III, 44.

(4) En revanche dans bien des cas le mot *arbiter* désignera un simple tiers (Plaute, *Pœnulus*, I, 1, 50 ; III, 3, 50. Cic., *De offic.*, III, 31, 112, etc.). En russe au contraire le mot indifférencié *trétij* = tiers = *testis* a pris dans certains cas le sens d'arbitre. Cf. Solmsen (*loc. cit.*).

favorisée par l'insuffisance de la terminologie. En réalité, le témoignage judiciaire et le témoignage instrumentaire sont des institutions profondément différentes, surtout à l'origine.

Nous avons déjà noté que la communauté des termes, à cause du sens vague et mal défini du mot *testis*, n'était point la marque d'une fonction commune originelle. Il y a bien des façons distinctes d'être tiers à un acte juridique. Or précisément le témoin judiciaire a eu et semble avoir toujours eu une fonction bien particulière et nettement déterminée, que n'a jamais remplie le témoin instrumentaire en tant que tel : celle de moyen de preuve. Le témoin judiciaire est le personnage, différent des parties et du juge qui, dans une instance organisée, fait une déclaration qui vise plus ou moins directement l'objet du litige. Le témoin instrumentaire, comme toute autre personne, pourra être amené à jouer ce rôle, mais alors il cesse d'être témoin instrumentaire pour devenir témoin judiciaire. On insistera peut-être, en soutenant que nos témoins instrumentaires ne sont que des témoins judiciaires anticipés, des preuves préconstituées (1). Nous retrouverons la question, qui engage le fond du problème. Nous nous bornerons pour l'instant à poser entre les deux catégories de témoins ce critérium purement formel : les témoins

(1) Voir contre cette conception, que nous aurons à combattre à maintes reprises, les observations pénétrantes de Danz (*Der sacrale Schutz*, p. 34 et ss. surtout 36).

judiciaires déposent en justice, les témoins instrumentaires assistent aux actes (1).

Mais il est d'autres personnages encore qui interviennent aux actes, et qu'il nous faut distinguer avec soin des témoins instrumentaires. Sans doute ils ne portent pas le nom de *testis* dans nos sources, mais nous devons les comprendre pourtant dans notre étude, s'ils ne se distinguent de nos témoins que par le nom.

Tels sont d'abord les différents *vindices* dont les textes nous présentent trois variétés, le *vindex* de la *manus injectio*, celui de l'*in jus vocatio*, l'*adsertor* de la *causa liberalis*. Dans les trois cas, ce personnage intervient bien en tiers, mais son intervention a un caractère très particulier. Il s'agit de délivrer un individu. C'est peut-être là un *testimonium* au sens étymologique du mot, ce n'en est pas un au sens technique que nous avons pour objet de préciser.

Si nous écartons les *vindices* de la notion de témoignage, nous écarterons, à plus forte raison, les cautions, à quelque catégorie qu'elles appartiennent, ainsi que les tuteurs et les curateurs.

(1) Il va sans dire que les témoins instrumentaires pourront, et même devront déposer en justice. Mais au moment de leur déposition, ils ne seront plus des témoins instrumentaires, mais des témoins judiciaires. L'exclusion des témoins judiciaires entraîne celle d'un certain nombre d'individus qui leur sont assimilables : ainsi les experts, tels que les personnages que nous présente la *lex parieti faciundo Puteolana* de l'an 649 (Girard, *Textes*³, p. 816) ou les *agrimensores* (D. 11, 6), ou les femmes *missæ ad inspiciendum ventrem* de par l'édit du préteur (D. 25, 4, 1, 10), ou encore les témoins du constat d'adultère (D. 48, 5, 26 (25), 5).

Que l'on admette ou non l'attitude passive du prêteur au cours de la *legis actio*, il n'est pas possible de le considérer comme un témoin au sens juridique du mot, car, s'il assiste à la *legis actio*, c'est en qualité de magistrat.

Après ces diverses éliminations l'objet de notre étude se trouve précisé. Nous considérerons comme témoins tous ceux qui interviennent à un acte juridique, s'ils n'y interviennent pas à un autre titre. Mais cette définition est toute négative encore ; il y manque un élément essentiel, qui donne au témoignage son caractère juridique. Il faut que la présence des témoins soit juridiquement nécessaire, soit requise par la loi ou la coutume. C'est à cette condition seulement que les personnes présentes à un acte juridique cesseront d'être de simples assistants pour devenir des témoins. Les témoins instrumentaires seront donc les personnages qui assistent obligatoirement les parties lors de la passation d'un acte juridique, s'ils n'y jouent point le rôle de *vindex*, de caution, de tuteur ou de curateur.

PREMIÈRE PARTIE

L'ANCIEN DROIT

Il pourrait paraître séduisant et naturel de tenter dès l'abord l'élaboration d'une théorie juridique du témoignage instrumentaire le plus ancien, d'en rechercher les conditions et les effets ; mais cette tentative nous est interdite par la complexité du sujet, par l'extrême variété d'aspect sous laquelle se présente notre institution à l'époque ancienne. Pour réduire au minimum les chances d'erreur nous sommes contraint de procéder par voie d'énumération. Nous analyserons successivement les diverses hypothèses où le témoignage est attesté, et c'est ensuite seulement que nous pourrons formuler quelques conclusions touchant la nature juridique du témoignage instrumentaire romain primitif.

CHAPITRE PREMIER

LES SUPERSTITES.

Nous devons étudier d'abord des témoins instrumentaires d'une espèce assez singulière et qui tiennent parmi les autres une place spéciale, encore que l'on soit très peu renseigné sur leur compte. Ce sont des personnages qui jouent un rôle dans la procédure, sans être pour cela des témoins judiciaires, et dont le recrutement et la véritable fonction sont très difficiles à définir. La difficulté vient de ce que, à l'époque historique, ils ne sont plus qu'un élément de forme du procès et comme une fraction de son rituel. De sorte que l'on est obligé de recourir à l'hypothèse pour déterminer quelle a pu être la raison de leur intervention.

Ces témoins nous sont attestés dans trois actes d'importance inégale, mais malheureusement presque aussi mal connus les uns que les autres : le procès en revendication *per sacramentum in rem*, la *litis contestatio*, la *deductio quæ moribus fit*.

SECTION I. — Les superstites de la rei vindicatio.

Une formule citée et ridiculisée par Cicéron (1) est presque la seule à nous apprendre que dans la procédure de la revendication la plus ancienne (2) les plaideurs étaient, devant le magistrat, accompagnés de certains individus appelés *superstites*. En leur présence s'accomplissaient les rites de la *legis actio* ; ils assistaient également à l'attribution des *vindiciaë* (3). Quant à savoir d'une façon précise ce qu'ils étaient, il faut y renoncer en l'état des sources qui se bornent à assimiler les *superstiles* à des témoins (4). Le seul renseignement à peu près sûr qui nous soit fourni, c'est que les plaideurs avaient chacun ses *superstites* (5). De cette donnée, renforcée de considérations d'ordre général (6) on a tiré et l'on admet géné-

(1) Cicér. *Pro Murena*, 12, 26 : *Suis utrisque superstilibus præsentibus istam viam dico ; inite viam.*

(2) Sur cette procédure, voir surtout Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess*, I, Bonn, 1864, pp. 126-146.

(3) Festus, v^o *Superstiles* : *superstilibus præsentibus ii inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur.*

(4) Festus, v^o *Superstiles* *S. testes præsentes significat*. Isidor., *Origin.*, 18, 15 : *Testes antiquitus superstiles dicebantur eo quod super statum causæ proferuntur.* Cf. Servius, in *Æneid.*, 3, 339.

(5) La formule rapportée par Cicéron porte : *suis utrisque superstilibus... inite viam.*

(6) Cette intervention des *superstiles* semble en effet liée à une certaine intensité de la solidarité familiale qui se retrouve dans beaucoup de sociétés peu développées. L'acte individuel est peu fréquent. Le groupe tout entier s'intéresse à tout ce qui advient à l'un de ses membres et prend fait et cause pour lui. Des faits très nombreux pourraient être cités à l'appui de cette assertion.

ralement cette conséquence, que les *superstiles* étaient primitivement des compagnons du plaideur, des partisans qui venaient lui apporter l'assistance de leur force physique au début, plus tard de leur crédit moral. La phase *in jure* des plus anciennes procédures romaines se présente en effet à nous sous l'aspect d'un duel de paroles où les plaideurs affirment avec une égale résolution des prétentions inconciliables (1). Cette affirmation de leur droit, prononcée en termes sacramentels, était corroborée par la présence des *superstiles* qui, placés à côté de leur partie, donnaient à sa déclaration une valeur, une utilité plus grande. Ces *superstiles*, pacifiques à l'époque historique, avaient peut-être été jadis les tenants de leur partie, ses compagnons d'armes quand les litiges se réglaient par voie de guerre privée (2). A l'époque où nous placent nos sources, ils se bornent à assister aux débats *in jure*.

SECTION II. — La *litis contestatio*.

I. — La *litis contestatio* (3) est certainement, parmi les institutions procédurales romaines, celle qui a soulevé

(1) Cela résulte de la description que nous en donne Gaius, IV, 14.

(2) La *manuum consertio* en est une survivance dans cette procédure même. Cf. Ihering, *Esprit*, I, p. 145 ; Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, pp. 133 ss.

(3) L'histoire de la doctrine relative à la *Litis contestatio* peut être divisée en 3 périodes : 1^o Avant l'ouvrage de Keller : Fr. L. v. Keller, *Ueber Litiscontestatio und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zurich, 1827 ; 2^o Du livre de Keller à celui de Wlassak : M. Wlassak,

les difficultés les plus nombreuses et les plus délicates. C'est aussi celle qui a provoqué, surtout en ces dernières années, la littérature la plus abondante. Nous n'avons pas à prendre parti dans toutes ces controverses ni même à examiner les divers systèmes proposés. Nous étudions la *litis contestatio* du point de vue très spécial du témoignage. L'institution ne nous intéresse que dans la mesure où elle comporte un appel aux témoins. Nous nous bornerons à rechercher les formes et les effets du témoignage dans cet acte procédural.

Cette considération marque à notre étude une limite chronologique assez nette : nous n'aurons pas à étudier la *litis contestatio* à toutes les époques du droit Romain, mais seulement à celle des Actions de la loi. Nous croyons en effet que la *litis contestatio* existe au temps des *legis actiones* et qu'elle comporte alors une prise à témoin, tandis que cette prise à témoin n'existe plus, ou n'a plus de valeur juridique sous la procédure formulaire.

A vrai dire nous ne possédons aucune information directe concernant la *litis contestatio* au temps des Actions de la loi, et tous les renseignements qui nous sont four-

Die Litiskontestatio im Formularprozess (in *Festgabe für B. Windscheid*, Leipzig, 1889, pp. 55-138) ; 3^e Depuis le travail de Wlassak. On trouvera sur la littérature de cette dernière période une bibliographie critique suffisante dans la bonne monographie de M. H. Busz, *Die Form der Litiskontestatio im Klassischen römischen Recht*. Inaugural Dissertation Münster, 1907. Ajouter Collinet, *La nature originelle de la Litis contestatio* in *N. R. H.*, 1902, pp. 529-553.

nis sur elle se rapportent à une époque postérieure à la loi *Æbutia* (1); pourtant nous croyons, avec la grande majorité des romanistes (2), que notre institution existait déjà auparavant. L'absence de textes n'est point une objection suffisante lorsqu'il s'agit d'une époque qui nous est aussi mal connue que celle des Actions de la loi; d'autre part et surtout, il paraît impossible d'admettre que le mécanisme de la procédure par formule ait impérieusement exigé, au point de la créer de toutes pièces, une institution dont la prise à témoin serait, à tout le moins, un élément essentiel.

Il ne paraît pas contestable, en effet, que la prise à témoin ait constitué un élément essentiel de la *litis contestatio* (3). Il serait absurde de supposer qu'une insti-

(1) On pourrait songer à rapporter au temps des Actions de la loi la phrase bien connue de Gaius, III, 180 : *Apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere*. Mais le mot *veteres*, comme le remarque M. Busz (*op. cit.*, p. 8), peut aussi bien désigner pour Gaius des contemporains de Cicéron que des hommes du VI^e siècle. D'autre part, le sens du mot *reus* dans la définition qui nous a été transmise par Festus, v^o *Contestari* : *C. est, cum uterque reus dicit : Testes Estote*, est certainement archaïque puisque sous Auguste déjà (Festus, v^o *Reus*), on n'emploie ce mot que pour désigner l'accusé (ou le défendeur), mais le même auteur nous apprend que la signification *reus* : plaideur était encore connue d'*Ælius Gallus*, grammairien et compilateur contemporain de Cicéron. Festus, v^o *Reus* : *R. nunc dicitur qui causam dicit, ut Gallus Ælius ait : Reus est qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est*.

(2) Sur ce point la théorie de Keller et celle de M. Wlassak tombent d'accord. Pour M. Bekker, *Ueber das Princip der processualischen Consumption Z. Sav. St.*, 21 (1900), pp. 342 ss., il se peut que la *litis contestatio* ne soit pas antérieure à la loi *Pinaria*.

(3) *Sic Wlassak, op. cit.*, p. 82 du tirage à part. Lenel, *Z. Sav.*

tution tirât son nom d'un élément qui peut lui faire défaut.

Mais si, à l'origine, la prise à témoin est une nécessité juridique, il est fort possible que les choses aient changé depuis l'introduction de la formule. Sans doute, elle existe encore, puisque Verrius Flaccus nous la signale comme pratiquée de son temps (1). Mais son importance juridique est extrêmement douteuse.

II. — Nous nous bornerons donc à étudier le témoi-

St., 24 (1903), p. 341. M. Girard, *Manuel* ⁴, p. 973, n. 4, moins affirmatif, considère la prise à témoin sous les Actions de la loi comme « vraisemblable ».

(1) *Sic* Wlassak, p. 69. Girard, *Manuel* ⁴, p. 973, n. 4. M. Bekker, *Z. Sav. St.*, 15 (1894), p. 159, estime au contraire qu'il ne faut pas accorder un entier crédit aux termes de la définition de Festus, *v° Contestari litem : C. l. dicuntur duo aut plures adversarii quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : Testes estote*. Pour lui, le mot *solet* ne démontrerait pas d'une façon certaine l'existence de la prise à témoin sous la procédure formulaire. Tout d'abord la procédure des Actions de la loi était encore partiellement en vigueur. Il fait observer de plus que le manuscrit de Festus a passé par tant de copistes qu'une faute a pu s'y glisser et substituer le mot *solet* au mot *solebat*. Ce sont là des conjectures. Aussi bien la question n'a-t-elle pas grande importance, car si les témoins interviennent encore sous la procédure formulaire, il semble qu'ils ne jouent plus alors de rôle utile. M. Wlassak, p. 77, leur assigne pour fonction d'assister au contrat entre demandeur et défendeur qui, dans son système, constitue précisément la *litis contestatio* à l'époque formulaire. Mais la seule autorité de Festus nous semble insuffisante pour fonder le caractère juridique de l'assistance des témoins sous la procédure formulaire, étant donné d'une part l'imprécision des termes et le peu de sûreté de la source, et d'autre part le silence impressionnant que gardent sur cette prise à témoin les nombreux textes qui nous renseignent sur la procédure formulaire. Après une discussion solide des principaux arguments produits pour et contre, M. Lenel, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 341 s. conclut qu'il n'y a de preuve certaine ni de sa disparition, ni de son maintien. Dans ces conditions, nous croyons pouvoir la laisser de côté.

gnage dans la *litis contestatio* du temps des Actions de la loi. La première question qui se pose à nous à ce sujet est celle de savoir à qui l'on fait appel. Nous nous demanderons ensuite quelles sont les formes de cet appel ; enfin nous chercherons à déterminer la fonction juridique du témoignage dans notre institution.

Sur la question de savoir quels sont les témoins de la *litis contestatio*, les romanistes se divisent en deux partis assez nettement tranchés. Pour les uns (1) l'appel au témoignage s'adresserait à la foule inorganisée qui se trouve devant le tribunal du préteur. Pour les autres (2), au contraire, il s'agirait ici de témoins véritables, représentant certaines conditions de capacité et sans doute un nombre minimum défini (3). A vrai dire, les textes étant muets sur la question, on doit ici se contenter de vraisemblances. Nous estimons que les plus fortes sont en faveur de la seconde opinion.

Que la prise à témoin soit en effet ou qu'elle ne soit pas l'élément exclusif de la *litis contestatio*, il n'est pas douteux qu'elle en est un élément essentiel. Peut-on dès lors raisonnablement supposer que cet acte si impor-

(1) Wlassak, p. 77. Collinet, *N. R. H.*, 1902, p. 540. Telle semble bien être aussi l'opinion de Keller, *op. cit.*, p. 3 et de Bethmann-Hollweg, *Der Römische Civilprozess*, I, p. 177.

(2) Ihering, *Esprit*, I, 146. Hartmann Ubbelohde, *Der Ordo judiciorum*, Göttingen, 1886, p. 447. Hölder, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 207. Schlossmann, *Litis contestatio*, 1905, p. 112 ss. Busz, p. 17. Peut-être aussi M. Cuq, *Inst. jur.*, I^{er}, 140, n. 6.

(3) Sur ces conditions de capacité et sur ce nombre, on ne peut faire, en l'état présent des sources, que des conjectures invérifiables.

tant dépende de la présence, malgré tout problématique, de citoyens auprès du tribunal (1) ? Pour le soutenir il faudrait admettre que la *lilis Contestatio* tout entière est un acte procédural sans grande portée, ce qui est contraire à tout ce que nous savons d'elle. On est ainsi conduit à penser que les témoins auxquels il est fait appel sont des témoins proprement dits. Or nous savons précisément que les parties étaient accompagnées *in jure* par des individus qui portent dans nos sources le nom d'*advocati* (2) ou de *superstites* et qui sont, semble-t-il, différents de ceux qui déposeront sur les faits litigieux (3). Ce sont des partisans, des amis des plaideurs. Nous les avons déjà vus jouer un rôle dans la procédure *per sacramentum in rem* (4). Il est fort probable que c'est à eux que s'adresse l'appel des parties.

Nous connaissons par Festus la formule de cette prise à témoin. Chaque plaideur disait à ses *superstites* : *Testes estote*. Que signifient exactement ces mots ? On a beaucoup discuté à ce sujet. Ils sont en effet susceptibles de diverses interprétations, que l'on peut assez aisément ramener

(1) Cet argument a été nettement mis en lumière par Schlossmann, p. 115.

(2) Voir les nombreux passages (tirés principalement des auteurs comiques, c'est-à-dire de nos sources les plus anciennes) où il est fait mention de ces *advocati*, au *Thesaurus Linguae Latinæ* de Teubner, Leipzig, 1902, v° *Advocatus*, I, A, col. 891.

(3) Les témoins judiciaires sont en effet tout à fait différents de ces personnages. Ce sont de simples moyens de preuve. Ils sont, en principe, impartiaux.

(4) Cf. *suprà*, p. 13 s.

à deux types principaux. D'après certains auteurs (1), ils ont simplement pour objet d'attirer l'attention des témoins sur une formalité ou sur des formalités importantes qui se sont accomplies ou vont s'accomplir (2) sous leurs yeux, et au sujet desquelles une contestation pourra naître plus tard. La prise à témoin ne serait autre chose qu'un appel au témoignage judiciaire éventuel. Dans un second système (3), que nous croyons meilleur, l'appel adressé aux témoins serait destiné à provoquer immédiatement une réponse. A la question *Testes estote*, les témoins répondraient *Testes sumus*, ou par une formule analogue. Bref, le témoignage de la *litis contestatio* comporterait un acte volontaire de la part du témoin. Il se passerait à la *litis contestatio* quelque chose d'analogue à ce qui a lieu en matière de testament, où la phrase prononcée par le testateur à ses témoins : *testimonium mihi perhibetote* est suivie d'une *testimonii perhibitio* (4), prononcée par ceux-ci (5). — Ce serait d'ailleurs une erreur de

(1) Keller, *op. cit.*, p. 34. Wlassak, p. 77. Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, p. 449.

(2) C'est surtout sur cette difficulté que se trouvent en désaccord les systèmes de Keller et de Wlassak en ce qui concerne la *Litis contestatio* de notre période. Keller admet que l'opération a lieu après l'accomplissement des *legis actiones*. Au contraire, Wlassak admet qu'elle les précède. Nous ne croyons pas qu'il soit possible, en l'état des textes, d'arriver à une certitude sur ce sujet.

(3) Sic Hölder, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 204. Eisele, *Z. Sav. St.*, 21 (1900), p. 33, n. 1. *Contra* Lenel, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 334.

(4) Paul, *Sent.*, III, 4 a, 4.

(5) M. Lenel (*loc. cit.*) estime que la *testimonii perhibitio* du testament est l'engagement pris par les témoins de déposer le cas échéant. Nous ne pouvons pas accepter cette interprétation. Sans doute, la

croire que, dans cette seconde conception, les témoins sont soustraits à toute obligation judiciaire. Ils devront déposer si une difficulté se produit au sujet de l'acte auquel ils ont assisté, et leur présence au procès sera très efficacement assurée par la menace de l'intestabilité qui les frappe, au moins depuis les XII Tables (1). Mais l'appel du plaideur nous paraît viser non pas cette déposition lointaine et hypothétique, mais un acte positif et immédiat d'adhésion de la part du témoin.

III. — Si nous nous demandons maintenant quelle est la portée de cet acte d'adhésion, et d'une façon plus générale quelle est la valeur du témoignage par rapport à la *litis contestatio* prise dans son ensemble, nous ne pouvons plus éluder la question de fond à laquelle nous avons soigneusement évité de toucher jusqu'à présent. Pour chercher à préciser les rapports de la forme et du

testimonii perhibitio entraîne l'obligation de déposer au procès, mais ce n'est là qu'un effet indirect de cet acte. Le témoignage au testament, nous le verrons, a sa valeur juridique propre. Si on la méconnaît souvent, c'est que l'on est accoutumé à associer les deux idées de témoignage et de preuve. Nous trouvons l'expression particulièrement nette de ce préjugé dans l'ouvrage de M. Busz pour lequel le témoignage judiciaire est « die wahre Zeugenschaft » (*op. cit.*, 18, n. 6). Nous croyons que, malgré la différence des formules le *Testes estote* est bien plus comparable à l'appel du testateur à la *perhibitio testimonii* qu'à la *rogatio testium*. Dans un cas comme dans l'autre il s'agit, selon nous, de provoquer de la part du témoin un acte d'adhésion. Quant à la question de savoir si le témoignage se rapporte à des événements passés ou futurs, elle est très différente, et d'ailleurs sans intérêt pour notre sujet.

(1) XII Tables, 8, 22 : *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto.*

fond, il nous faut au préalable nous faire une idée claire de l'institution elle-même.

En dépit de multiples nuances, les différents systèmes proposés à ce sujet sont susceptibles de se ramener à un type unique (1). On voit généralement dans la *litis contestatio* un acte destiné à assurer le passage intact du procès de la phase du *jus* à celle du *judicium*. Les témoins seraient, en l'absence de toute procédure écrite, le « protocole vivant » des solennités qui se déroulent devant le préteur. C'est là une formule qui semble pouvoir être acceptée aussi bien par les partisans de l'ancienne théorie de Keller que par ceux qui suivent l'opinion de M. Wlassak. C'est là une hypothèse séduisante, mais ce n'est qu'une hypothèse.

Sans doute on comprend l'utilité que présentait alors l'intervention de tiers prêts à signaler au juge les erreurs plus ou moins volontaires que les parties commettaient devant lui. Il y avait un intérêt capital à sauvegarder l'identité des termes du débat *in jure* et de ceux qui ouvrent l'instance *in judicio*.

Ce contrôle était nécessaire de tout temps. Il l'était devenu plus encore depuis que la loi Pinaria avait établi un délai de 30 jours entre l'instance *in jure* et la nomination du juge. Mais il est permis de penser qu'il n'était pas

(1) Signalons cependant la théorie de Rudorff (*Römische Rechtsgeschichte*, II, 1859, 233 s.) et de M. Collinet (*art. cit.*) suivant laquelle la *litis contestatio* serait un mutuel engagement pris par les plaideurs de se soumettre à la sentence à intervenir.

besoin de témoin pour assurer ce contrôle, et que le préteur était un tiers admirablement placé pour jouer ce rôle. Cette fonction ne serait pas en désaccord avec l'attitude effacée et presque automatique que nous lui reconnaissons, avec M. Girard jusqu'à la loi *Æbutia* (1). Et si l'on nous objecte, avec M. Busz (2), qu'aucun texte ne nous autorise à attribuer un pareil rôle au préteur, nous ferons observer qu'il n'est pas moins arbitraire de l'attribuer aux témoins.

En l'absence presque absolue de texte concernant cette période, la méthode la plus sûre n'est-elle pas de considérer le nom que porte notre institution et d'en chercher le sens exact ? Or il a été remarqué déjà (3) que *contestari*, suivi d'un nom de chose à l'accusatif, avait le sens de : déclarer devant témoin, et équivalait à l'expression *testato dicere*. Dès lors *litem contestari* signifierait « double énonciation de la chose litigieuse » (4) faite devant

(1) Girard, *Manuel*⁴, 974, n. 2. Cf. *La date de la loi Æbutia*, *Z. Sav. St.*, 14 (1893), pp. 11-34 = *N.R.H.*, 1897, pp. 249-294. *Nouvelles observations sur la date de la loi Æbutia*, *Z. Sav. St.*, 29 (1908), 113-169. *Contra*, Wlassak, *Z. Sav. St.*, 25 (1904), 81-188 ; *ibid.*, 28 (1907), 1-114 et Lenel, *Z. Sav. St.*, 30 (1909), 329-354.

(2) Busz, *op. cit.*, p. 19.

(3) Bethmann-Hollweg, in *Tübinger kritische Zeitschrift*, V, 73 ss. (cité par Wlassak, *Litisk*, p. 82, « *contestari aliquid*, etwas in gegenwart von Zeugen förmlich erklären, soviel als *testato dicere*, *protestari*. *Litem contestari* konnte daher nicht wohl die Zeugenforderung selbst heissen, sondern nur eine feierliche Erklärung der *lis*... deren Beweis durch jene Zeugenaufufung gesichert werden sollte. » Dans le même sens O. Lenel, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 333 s. — *Contra*, Schlossmann, *litis contestatio*, p. 116, n. 1.

(4) La *lis* est, en effet, la *res in controversia*, suivant Varron, *L.L.*, VII, 93. Bruns, *Fontes*¹, II, p. 60.

témoins ». Si cette définition est exacte, on est conduit à se demander si la *litis contestatio* ne serait pas simplement une des affirmations solennelles de la *legis actio*, double affirmation du droit faite devant témoins par le défendeur et le demandeur. On sait que la procédure du *jus* comporte une série d'affirmations de ce genre (1). La *litis contestatio* serait la dernière et la plus solennelle de toutes (2) ; elle serait accompagnée (précédée ou suivie ? on ne le sait) d'une prise à témoin des *superstites*. Sans doute Gaius ne nous en fait pas mention dans sa description du *sacramentum*, mais l'objection tombe si l'on songe que le palimpseste de Vérone ne nous a conservé que le récit de la procédure de l'action réelle et que précisément l'existence de la *litis contestatio* dans cette dernière est très douteuse (3). Cette conjecture n'est pas en désaccord avec le caractère que revêtit la *litis contestatio* aux époques postérieures. Etant le dernier acte de la procédure *in jure*, elle ouvre celle du *judicium*. Elle marque donc, comme elle le fera, plus tard la séparation entre les deux instances. Il s'ensuit que, conformément à

(1) Gaius, IV, 13 ss.

(2) On voit communément dans la *litis contestatio*, non pas une *testatio* particulière, mais une prise à témoin portant d'une façon générale sur toutes les formalités du *jus*. Il ne nous semble pas que les textes imposent cette manière de voir. Ils conviennent tout aussi bien à la conception qui fait de la *litis contestatio* une des formalités de la *legis actio*.

(3) Le doute vient de ce que, pour ces actions, à l'époque classique, la *litis contestatio* n'éteint pas le droit *ipso jure*. Cf. Collinet, *N. R. H.*, 1902, p. 551.

la définition citée par Gaius, (1), le droit de s'exécuter librement disparaît pour le débiteur devant l'obligation de se soumettre à une sentence de condamnation (2).

Si cette hypothèse est exacte, si la *litis contestatio* originelle n'est autre chose que le dernier acte de la *legis actio*, on voit toute l'insuffisance de la définition étymologique qui nous a été conservée par Festus. Sans doute la *litis contestatio* comporte une prise à témoin, mais cette prise à témoin n'est que l'un de ses éléments. En réalité ce rite n'est pas l'acte le plus important de l'opération (3). Ce qui fait selon nous l'essence de la *litis contestatio*, c'est la déclaration solennelle faite par chaque plaideur devant ses témoins et non point l'appel qu'il leur adresse. On comprend pourtant que Festus l'ait mis au premier plan de sa définition puisqu'il contient le mot dont la racine se retrouve dans l'institution qu'il devait expliquer par l'étymologie. Sa définition n'a pas, à nos yeux, d'autre valeur.

Quant à la fonction même des témoins, elle prend,

(1) Gaius, III, 180.

(2) Cette théorie nous paraît esquissée dans le passage de Bethmann-Hollweg que nous avons cité, p. 23, n. 3 et dans le passage suivant de Wlassak : « *Contestari litem* könne vielleicht die feierliche beiderseitige Festsellung der lis von Seiten der Parteien bedeuten ». Ces deux auteurs donnent comme admissible l'interprétation de la *litis contestatio* considérée comme une double énonciation solennelle des prétentions des plaideurs.

(3) M. Wlassak, p. 81, fait remarquer avec raison qu'il ne faut pas chercher à voir dans le passage de Festus une définition juridique de notre institution. La prise à témoin n'est pas suivant lui le noyau (Kern) de l'opération.

dans cette conception, une valeur un peu différente de celle qui lui est généralement reconnue. L'opinion presque unanime des romanistes ne leur accorde qu'une fonction probatoire (1). Si notre conjecture est exacte, les témoins, qui sont, nous l'avons vu, des partisans des plaideurs, auraient eu, à l'origine, pour fonction principale d'appuyer par leur témoignage, c'est-à-dire par leur présence attestée, les assertions de leur partie. Ce témoignage ajoute du poids aux affirmations prononcées. Il leur donne une valeur telle qu'après leur prononciation les prétentions contradictoires des parties sont considérées comme également vraies. Le procès formaliste qu'est le *jus* ne donne pas le moyen de résoudre le problème. Pour sortir de l'impasse il faut avoir recours à une procédure toute nouvelle : le *judicium* (2).

(1) Nous avons déjà signalé, p. 20, n. 5, le préjugé qui consiste à considérer le témoignage judiciaire comme le *vrai* témoignage. Nous croyons qu'il a beaucoup contribué à obscurcir cette question de la fonction des témoins. M. Wlassak, qui paraît assez disposé, pour des raisons tirées de la langue, à adopter sur la *litis contestatio* une opinion voisine de la nôtre, hésite à le faire parce que la fonction probatoire des témoins lui paraît, dans cette conception, sacrifiée et reléguée au second plan (*op. cit.*, p. 82 s.). Telle est aussi l'attitude de M. Busz (p. 18). Ces auteurs semblent croire que, dans ce système, les *testes* de la *litis contestatio* seraient témoins de l'accomplissement des formalités et non de leur contenu. Nous croyons au contraire avec Bethmann-Hollweg (*loc. cit.*) que ce caractère « de solennité » des témoins n'est pas du tout inconciliable avec leur fonction probatoire. En répondant à l'appel de leur partie, non seulement ils ajoutent à son affirmation la valeur de leur crédit, mais ils se mettent dans le cas de celui *qui se siet testarier*, c'est-à-dire qu'ils s'engagent à déposer en sa faveur, le cas échéant. Le témoin solennel se transformera alors en témoin judiciaire.

(2) Ce serait confondre les notions les mieux établies que de cher-

SECTION III. — *Deductio quæ moribus fit.*

La *deductio quæ moribus fit* comporte un certain nombre de témoins que l'on a rapprochés avec vraisemblance des *superstites*. De très grosses difficultés (1) se sont élevées sur la nature et la fonction de cette institution, qui ne nous est connue que par deux plaidoyers de Cicéron (2). Mais nous n'avons pas à entrer dans la contro-

cher à identifier les témoins de la *litis contestatio* tels que nous avons essayé de les définir, avec les cojureurs que l'on rencontre dans certaines législations (V. pour le droit grec R. Meister, *Eidesheifer im griechischen Rechte*. Inaugural Dissertation Bonn, 1908, Dareste, Haus-soullier, Reinach, *Inscriptions juridiques grecques*, III, 361, 432 ss. Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, 1904, pp. 288-298. Pour le droit germanique : Cosak, *Die Eidhelfer des Beklagten nach ältesten deutschen Rechtsgeschichte*, 1885, Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 1892, pp. 378 ss., 435 ss. Droit ossétien : M. Kowalewski, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, pp. 145 ss. En général A. H. Post, *Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz*, II, 1895, pp. 496-502. Tout d'abord la *litis contestatio* est une opération laïque, la cojuration un acte religieux. Elle comporte un serment qu'on ne rencontre pas dans notre institution. De plus et surtout la cojuration est un mode de solution du procès, tandis que la *litis contestatio*, tout au contraire, noue l'instance. Nous ne croyons pas d'ailleurs que l'existence de la cojuration soit attestée en droit romain (*Contra Jobbé-Duval, Etudes sur l'histoire de la procédure civile des Romains*, I, 1898, p. 22-31. Mais V. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, 1901, p. 88, n. 5). Le seul rapport que nous puissions apercevoir entre la *litis contestatio* et la cojuration, c'est qu'à la base des deux institutions figure ce principe dont les législations primitives ont fait une si fréquente application, à savoir que la déclaration d'un individu ne possède sa pleine valeur que lorsqu'elle est corroborée par les membres de son groupe.

(1) V. Keller, *Semestria ad M. Tullium*, II, p. 370. Bögli, *Ueber Cicero's Rede für A. Cæcina*, Progr. Burgsdorf, 1906. Cf. Chabrun, *La deductio quæ moribus fit*. *N. R. H.* pp. 1-28, 1908, Girard, *Manuel*⁴, p. 986, 1.

(2) *Pro Tullio*, 8 ; *Pro Cæcina*, 1 ; 7 ; 8 ; 11.

verse. Il nous suffira de savoir — et ce point n'est pas contesté — que la *deductio* consiste dans une dépossession violente d'une personne par une autre, avec cette particularité importante et bizarre qu'en principe cette violence n'a lieu qu'en vertu d'un accord (1). C'est donc un de ces actes symboliques auxquels la technique juridique romaine a souvent eu recours. Mais elle ne l'a pas inventé de toutes pièces. Elle a procédé ici comme ailleurs en détournant de son sens une institution existante. La violence a dû être réelle avant de devenir fictive, et l'opinion générale des romanistes voit précisément dans les témoins qui doivent accompagner le *deductus*, des *superstites* analogues à ceux que nous avons rencontrés dans la phase *in jure* du procès pétitoire. Sans doute, au temps de Cicéron, leur rôle s'est atténué et presque effacé. Ils se bornent à constater la présence d'hommes armés, après quoi ils se retirent (1), mais il est à présumer qu'autrefois leur attitude était moins passive (2).

(1) L'analogie que M. Mitteis, *Z. Sav. St.*, 23 (1902), p. 274, reconnaît entre notre institution et l'ἐξαγωγή du droit attique nous paraît vraie dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement : le mécanisme juridique et la fonction des deux institutions sont profondément différents, mais ces rôles différents sont joués à Athènes et à Rome par les mêmes personnages.

(2) *Pro Cæcina*, 16, 43, *ut statim testificati discederent*.

(3) Cf. Chabrun, *loc. cit.*, p. 27.

CHAPITRE II

TESTAMENT « CALATIS COMITIIS », MANCIPATION, ETC.

SECTION I. — Le testament *calatis comitiis*.

Ce qui fait la particularité du témoignage dans cet acte juridique, c'est qu'il est rendu par le peuple tout entier réuni dans ses comices. Il y a là un trait original et frappant qui a soulevé des problèmes assez délicats à résoudre en raison de la pénurie de nos sources. Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet de chercher à déterminer la nature du testament *calatis comitiis*. L'institution ne nous intéresse que par le témoignage qu'elle contient. Nous nous bornerons donc à rechercher quels sont les formes et les effets du témoignage dans cet acte. Mais comme les effets en sont mieux connus que les formes, nous commencerons par les examiner, contrairement au processus ordinaire. Nous chercherons à déterminer ensuite dans quelle forme il se rendait.

On a depuis longtemps observé que les effets du testament le plus ancien dépassaient ceux d'un acte privé quelconque. Il nous paraît extrêmement probable, en effet, que l'acte comitial possédait déjà l'universalité d'effets qui seront plus tard reconnus au testament clas-

sique (1). En particulier il pouvait directement rendre propriétaire, non pas seulement l'héritier, mais un tiers par le moyen du legs *per vindicationem* ; il pouvait également, par le legs *per damnationem*, rendre un tiers créancier. Il pouvait enfin réaliser directement un affranchissement. Ces effets prompts, directs, précis, contrastent avec les procédés détournés que l'on est obligé d'employer pour arriver aux mêmes fins, encore longtemps après, dans les rapports entre particuliers. Puisque la volonté individuelle du père de famille est impuissante à produire de tels effets, ils ne peuvent tirer leur origine que d'un acte législatif. Or nous savons que la loi des XII Tables assimila la déclaration de dernière volonté à un acte législatif. C'est donc au moins jusqu'aux XII Tables qu'il convient de faire remonter ces effets du testament. Nous pensons que l'on doit remonter plus haut encore : En effet la règle des XII Tables n'a pas eu d'autre effet que de soustraire le testament au vote des comices (2). Elle n'a rien changé à sa nature. Dès auparavant il comportait ces effets rapides et directs (3).

Si loin que nous puissions reculer, le testament *calatis comitiis* porte la marque d'une volonté collective.

(1) *Sic*, Girard, *Manuel* ⁴, p. 799.

(2) *Sic*, Girard, *Manuel* ⁴, p. 800.

(3) On peut faire remarquer d'ailleurs (on l'a fait déjà bien souvent), que la libre disposition du patrimoine attribuée au père de famille dans l'ancien droit romain, serait en contradiction avec les enseignements du droit comparé. Le principe de la conservation du patrimoine dans la famille est un axiome commun à toutes les législations anciennes.

Sous quelle forme s'exerçait-elle ? C'est là une question classique, sur laquelle les romanistes discutent depuis le commencement du dernier siècle. Le testament est-il une loi véritable votée par les comices ? Ou le peuple réuni se borne-t-il à homologuer la décision du père de famille ? La doctrine est partagée entre ces deux opinions (1).

(4) La thèse du testament voté, soutenue au xviii^e siècle par Thomasius, *Prima initia de successione testamentaria apud Romanos*, Halle, 1705, Trell, *De origine testamentifactionis apud Romanos*, Leipzig, 1739, et dominante alors (V. par exemple Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre XXVII), fut attaquée avec vigueur en 1821 par Dernburg le père, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Testaments*, pp. 53 ss. Depuis lors la doctrine est divisée en deux courants. A. Reconnaissent au témoignage du peuple un rôle purement passif : Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. 34 (1830), p. 151 ; J. Rubino, *Ueber den Entwicklungsgang der Römischen Verfassung bis zum Höhepunkt der Republik*, Cassel, 1839, pp. 242 ss. ; Danz, *Lehrbuch der R. R. G.*, II², 1873, p. 14 ; L. Lange, *Römische Alterthümer*, I², 1876, pp. 177 ss. et 400 ; Soltau, *Ueber Entstehung und Zusammensetzung der altrömischen Volksversammlungen*, 1880, p. 43 ; Voigt, *XII Tafeln*, I, 1883, p. 171 ; Baron, *Institutionen*, I, 1884, p. 291 ; P. Willems, *Droit public Romain*⁶, 1888, p. 53 ; Maynz, *Cours de Droit Romain*, t. III⁵, 1891, p. 234 ; Kübler in Pauly-Wissowa's *Real Encyclopädie*, v^o *Calata Comititia* (1899), col. 1331 ; Liebenam, *ibid.*, v^o *Comitia* (1901), col. 680 ; Jobbé-Duval, *N. R. H.*, 1902, p. 214 ; Karlowa, *R. R. G.*, II, 1902, p. 848 s. ; Ch. Appleton, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, 1903, p. 63 (avec quelque réserve) et, en dernier lieu, Hölder, *Das Wesen der Erbgründe und der Erbfolge nach Römischen Rechte. Z. Sav. St.* 30 (1909), p. 68. Cf. déjà du même auteur : *Beiträge zum Römischen Erbrecht* 1881, pp. 40 ss. — B. Au contraire sont partisans du caractère législatif du testament comitial : Ed. Gans, *Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung*, II, 1825, p. 46 ; Ed. Schrader in *Hugo's civilistischer Magazin*, V, 18, p. 157 ; Ihering, *Esprit du Droit Romain*, I, 147 ss. ; Kuntze, *Cursus des Römischen Rechts*, 1869, p. 649, n. 1 et 2. Mommsen (qui avait

Il faut d'abord (1) écarter du débat un argument de mots dont on s'est servi à la légère. Certains auteurs (2) ont prétendu que le peuple ne pouvait voter le testament, parce que, comme le nom de l'institution l'indique, il n'y est que *testis*, il ne fait qu'y donner son *testimonium*. Mais nous avons vu que le sens du mot *testis* est si vague et si général, qu'il n'autorise pas à en tirer cette conclusion négative. De même que le *Deus testis* est un arbitre (3), de même les *Quirites testes* pourraient être des législateurs.

Les auteurs qui n'admettent pas le caractère législatif du testament comitial appuient leur opinion sur une définition d'Aulû-Gelle (4). Cet écrivain, le seul avec Gaius

d'abord admis la thèse opposée (*Römische Forschungen*, I, 1864, p. 167), *Dr. public*, VI, 1, p. 364 ; Pernice, *Labeo*, I, 1873, p. 358 et *Formelle Gesetze im Römischen Recht in Festgabe für R. Gneist*, 1888, p. 159 ; Accarias, *Précis de Droit Romain*, 1⁴, 1886, p. 848 ; Jörs in *Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaften*, 1901, p. 170 ; Lambert, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, 1901, p. 28 ; Bruns-Pernice-Lenel in *Holtzendorff et Kohler Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, 1904, p. 84 ; Girard, *Manuel* ⁴, p. 799 ; Cuq, *Institutions juridiques*, I², p. 126 ; Sohm, *Institutionen* ¹³, Leipzig, 1908, p. 686 ; Botsford, *The roman assemblies from their origin to the end of the republic*, New-York, 1909, p. 158 ss. M. Leonhard, dans la 2^e édition du *Birkmeyer* (1904), p. 172, prend une position intermédiaire : la puissance législative aurait été concédée au testateur.

(1) Avec Ihering, *Esprit*, I, 147.

(2) Voir par ex. Dernburg, *Pandekten* ⁶, 1900, t. III, 128, § 69, n. 3.

(3) Cf. *suprà*, p. 6.

(4) *N. A.*, XV, 27,3. *Isdem comitiis quæ calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus unum quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu...*

qui nous donne quelque renseignement sur notre institution, nous apprend que le testament se faisait *in populi contione*. Or, suivant une définition de la *contio* donnée par Messala, et qui nous a été transmise par le même Aulu-Gelle, la *contio* n'est pas une assemblée délibérante (1). Il s'ensuivrait que le peuple, réuni dans ses comices calates, n'a pas pour fonction de voter le testament, mais seulement de donner authenticité à la déclaration prononcée par le testateur. Mais l'argument n'est nullement décisif à notre sens. Tout d'abord, lorsqu'Aulu-Gelle dit que l'acte comitial se fait *in populi contione*, rien ne prouve qu'il prenne le mot dans son sens technique. Aulu-Gelle n'est pas un juriste, mais un polygraphe, et il faut remarquer que, dans la définition litigieuse, il parle en son nom personnel. Il est donc tout à fait naturel d'admettre qu'il emploie le terme *contio* (2) dans son acception la plus répandue, celle d'assemblée du peuple. Mais de plus et surtout, il n'est point du tout démontré que le mot *contio* ait jamais eu le sens d'assemblée non délibérante. Le terme technique défini par Messala n'est pas *contio* mais *contionem habere*, et c'est cette expression que le jurisconsulte oppose à l'expression technique *agere cum*

(1) N. A., XIII, 16, 2. *Ex his verbis Messalæ manifestum est aliud esse « cum populo agere », aliud « contionem habere ».* Nam cum populo agere est rogare quid populum quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet, contionem autem habere est verba facere ad populum sine ulla rogatione.

(2) Voir les nombreux exemples réunis sur ce sens du mot *contio* au *Thesaurus*, vol. IV, 1908, v° *Contio*, col. 729 ss.

populo. L'argumentation nous paraît donc extrêmement spécieuse et fragile et l'on comprend que Mommsen, qui l'avait un moment admise dans ses *Römische Forschungen* (1), l'ait rejetée dans son *Droit public* (2) après un examen attentif des textes.

Avec elle disparaît le plus solide appui de la théorie du testament témoignage. Les autres arguments produits en sa faveur nous paraissent assez faciles à réfuter (3).

(1) *Römische Forschungen*, I, 1864, p. 167.

(2) Mommsen, *Dr. publ.*, VI, 1, p. 364, 2.

(3) En dehors de l'argument tiré du nom même du testament, dont nous avons déjà signalé plus haut (p. 32) qu'il repose sur une pétition de principe, deux objections principales ont été formulées contre la théorie du testament-loi : 1° L'adrogation est une loi véritable, soumise au peuple. Il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet. Si son nom ne suffisait pas à le prouver, nous avons conservé la formule de la proposition soumise aux comices. Le caractère législatif de l'opération s'est survécu sous l'aspect des 30 licteurs qui assistent à l'adrogation aux temps historiques. Rien de tout cela ne nous est signalé pour le testament. Non seulement son nom ne porte pas la marque d'un acte législatif, mais la formule prononcée devant le peuple se bornait à lui demander son *testimonium* ; enfin il est difficile de voir dans les 5 citoyens, témoins du testament opéré par la *mancipatio familiae* des représentants attitrés et officiels du peuple. — Il n'est pas contestable que nous possédons sur le caractère législatif de l'adrogation des preuves beaucoup plus directes que pour le testament, mais ce n'est pas une raison suffisante pour dénier ce caractère à ce dernier, s'il est établi par des raisons de fond. Nos sources ne nous renseignent que très fragmentairement sur ces institutions de l'ancien droit. Il n'est donc pas étonnant que nous n'ayons pas conservé la formule proposée aux comices. Remarquons une fois de plus que les mots *testamentum*, *testimonium* ne sont nullement inconciliables avec une activité législatrice proprement dite des comices calates. Enfin, si le peuple n'intervient plus, même symboliquement, dans le testament des époques postérieures, c'est que son contrôle a été supprimé par une loi positive, la règle *Uti legassit*. . . XII Tables, 5, 3 (Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 800). 2° Le testament *in procinctu* que Gaius, II, 101,

Et surtout ils nous paraissent se heurter tous à ce principe que dans la théorie romaine l'adhésion des comices est nécessaire toutes les fois que l'on veut porter atteinte à l'ordre normal des choses (1). En d'autres termes, seul un acte législatif a des effets supérieurs à ceux d'un acte privé. Il suit de là que le témoignage est doué dans le testament *calatis comitiis* d'une force particulière. Le peuple témoin est le véritable auteur de l'acte (2).

assimile au testament comitial n'était sans doute pas un acte législatif. Le soldat testateur se bornait à recevoir l'assentiment de ses camarades de rang (Plutarque, *Coriolan*, IX). — Il ne semble pas que cet argument d'analogie soit très probant. La pression des circonstances, la nécessité d'agir vite expliquent suffisamment pour le testament militaire une simplification des formes qui ne s'impose point au testament civil.

(1) Girard, *Manuel* ⁴, p. 14. Il resterait à rechercher en quoi consiste d'une façon précise la dérogation qu'entraîne le testament *calatis comitiis*. Mais ce serait soulever la question de fond, si délicate et si controversée, de la nature de l'acte comitial. Quelque intérêt qu'elle présente, une pareille question dépasse le cadre de notre étude.

(2) La plupart des auteurs qui n'admettent pas le caractère législatif du testament comitial voient cependant dans la présence du peuple un contrôle efficace, *Sic* Karlowa, p. 850 ; Jobbé-Duval, p. 214, etc. Même ceux qui se rallient à la simple idée d'homologation considèrent celle-ci comme un contrôle, au moins préventif (p. ex. : Appleton, p. 63, n. 1). Seuls, à notre connaissance, W. A. Bekker, *Handbuch der Römischen Alterthümer*, III, 1844, p. 369 et M. Ed. Hölder, *Z. Sav. St.*, 30 (1909), p. 69, assignent au peuple témoin un rôle exclusivement probatoire. Si l'on exige que le peuple entier assiste au testament, c'est, suivant ces auteurs, afin qu'il soit plus facile de trouver un témoin, si plus tard une contestation s'élève en justice à son sujet !

SECTION II. — La mancipation.

La mancipation s'accompagne, elle aussi, d'une prise à témoin (1) dont il nous faut autant que possible préciser les termes et définir la fonction. Sans doute nous ne la connaissons que par des textes assez récents, mais nous admettrons avec tous les auteurs (2) que les formes qui nous sont décrites dans ces textes étaient aussi celles de la mancipation la plus ancienne, celle dont nous nous occupons à cette place. Ces formes portent en effet la trace d'un archaïsme indéniable et certains de ses rites, encore pratiqués au III^e siècle après Jésus-Christ ne peuvent s'expliquer que si l'on se reporte à un état de droit qui remonte avant le IV^e siècle de Rome (3). Il nous est donc permis de prendre la sommaire description de Gaius comme base de notre étude.

Nous rechercherons d'abord quelles sont les conditions de validité des témoins et leur nombre. Puis nous examinerons la prestation du témoignage elle-même. Enfin nous étudierons les obligations qu'assument les témoins et nous chercherons par ce détour à déterminer leur véritable fonction.

(1) Gaius, I, 119. Ulpian, *Reg.*, XIX, 3.

(2) Par exemple Karlowa, *R. R. G.*, II, 363.

(3) La présence du *libripens*, de la balance et du morceau de bronze, parfaitement inutile au temps classique, n'est qu'une survivance du temps où la monnaie était pesée et non comptée.

1. — Conditions de capacité et nombre.

Une formule souvent reproduite dans nos sources exige des témoins de la mancipation (et de ses applications) qu'ils soient mâles, pubères et citoyens (1).

L'exclusion des femmes était absolue à l'origine et se maintint, semble-t-il, jusqu'à la disparition de la mancipation (2). L'exception qui nous est signalée par Aulugelle (3), la loi Horatia de date inconnue (4) qui aurait

(1) Gaius, I, 113 ; I, 119 ; II, 104.

(2) Dans aucune des mancipations concrètes qui nous ont été conservées, un témoin n'est du sexe féminin ; il est vrai que ce sont là, nous le verrons, plutôt des *testationes* écrites que des mancipations véritables. En tout cas nous n'avons pas d'exemple qu'une femme ait été témoin à une mancipation.

(3) N. A., VII, 7, 2. *Et Taraciam quidem virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est quæ super ea ad populum tota. Qua lege ei plurimi honores fiunt, inter quos jus quoque testimonii dicendi tribuitur, testabilisque una omnium feminarum ut sit datur. Id verbum est legis ipsius Horatiæ.*

(4) Treckell, *De Origine Testamenti factionis*, p. 208, suivi par Vering, *Römisches Erbrecht*. Heidelberg, 1861, p. 147, n. 6 et par M. Cuq, v° *Lex Horatia* in *Dict. des Ant.*, l'attribue arbitrairement au consul *suffectus* M. Horatius Pulvillus et la place en 245. D'ailleurs les doutes les plus sérieux peuvent s'élever sur l'authenticité de cette loi et sur l'existence de Gaia Taracia elle-même. Cf. E. Pais, *Storia d'Italia*, I, 1 (1894), pp. 212 s. Cf. G. Pascal, *Acca Larentia e il mito della Terra madre* (*Bulletino Comm. Arch., comm. Romd.*, t. XXII, 1894, pp. 325-353. Même en tenant ces deux points pour certains, l'interprétation du mot *testabilis* demeurerait délicate. Il est probable qu'il s'agit ici du témoignage instrumentaire, car le membre de phrase précédent fait allusion au témoignage judiciaire. Toutefois ce n'est pas sûr, car la conjonction « *que* » peut avoir un sens explicatif et non adjonctif (Cf. Cicer., *De offic.*, I, 7, 22) ; enfin nous ignorons si cette « testabilité » était active ou passive ou comportait la double faculté d'être témoin et de se servir de témoin.

accordé à la vestale Gaia Taracia certains droits parmi lesquels figurerait peut-être celui d'être témoin à un acte *per æs et libram*, ne fait que souligner la généralité du principe.

L'exigence de la puberté paraît aussi absolue (1).

Enfin le témoin à la mancipation doit être citoyen romain. Cette condition écarte sûrement les esclaves. Quant aux affranchis, ils peuvent certainement être témoins à l'époque du Principat. Rien ne nous autorise à penser qu'à l'époque ancienne il en ait été différemment. La condition de cité romaine écarte en second lieu les pérégrins (2). Quant aux Latins, ils peuvent être témoins, car ils ont le *commercium*, et d'autre part la mancipation n'est pas une institution purement romaine, mais fait partie de l'ensemble des institutions communes aux peuples latins (3).

En dehors de ces incapacités, les seules qui nous soient directement attestées pour la mancipation, il paraît impossible de n'en pas admettre d'autres qui proviennent soit d'une infirmité physique, soit d'une inaptitude juridique.

Le fou était naturellement exclu du témoignage, sauf dans ses intervalles lucides (4). Pour le muet, pour le

(1) Nous ne connaissons aucune exception au principe affirmé par Gaius.

(2) Sauf naturellement, comme le dira plus tard Ulpien (*Reg.*, XIX, 4), ceux à qui le *commercium* a été concédé.

(3) On la trouve en effet à Salpensa. Loi de Salpensa, c. XXII, Girard, *Textes*³, p. 107.

(4) Cela résulte de sa condition générale.

sourd (1), pour l'aveugle (2), la question est douteuse. La capacité du castrat est également incertaine (3).

En outre, certaines considérations de nature juridique peuvent s'opposer à l'admission du témoignage. Tel est en premier lieu le cas de l'intestabilité.

L'intestabilité (4) ancienne (5) est une peine édictée contre l'individu qui, ayant joué le rôle de témoin ou de *libripens* dans un acte *per æs et libram* ou, d'une façon générale, dans un acte solennel (6), se refusait à venir ensuite en justice à l'appel du plaideur déposer au sujet de cet acte.

Mais si le champ d'application de l'intestabilité ne paraît pas offrir de sérieuses difficultés (7), il en est tout

(1) La prestation du témoignage était probablement, nous le verrons, une cérémonie orale comportant la prononciation de formules sacramentelles. Dès lors la capacité du muet et celle du sourd sont très douteuses.

(2) Il est possible que, pour l'aveugle, la prohibition, si prohibition il y a, ait été fondée sur un autre motif, la déconsidération dont ils étaient l'objet et qui les empêche de *postulare pro alio* (D., 3, 8, 1, 5. Ulp., l. 6 *ad edictum*. Lenel, 276).

(3) Le *spado* est incapable d'être témoin, soit par suite d'une confusion entre les deux sens de *testis* (Plaute, *Cure.*, I, 1, 36), soit plutôt parce qu'il n'est pas un homme véritable (Val. Max., VII, 76). Pour l'hermaphrodite même solution à moins qu'il ne soit plus homme que femme dira plus tard Paul (*Sent.*, III, 4^o 15).

(4) XII Tables, 8, 22 : *qui se sierit testariæ libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur improbus intestabilisque esto*. Ce texte nous est rapporté par Aulu-Gelle, *N. A.*, XV, 13, *in fine*.

(5) Nous verrons plus loin, en effet, que l'intestabilité de l'époque classique est toute différente (V. *infra*, p. 109 ss.).

(6) Sic Girard, *Org. Jud.*, I, 88, 4.

(7) On pourrait, il est vrai, songer à interpréter le texte différemment : il s'agirait d'individus qui, ayant promis de jouer le rôle de

autrement de la nature même de cette peine. La pénurie des sources a soulevé de délicats problèmes qu'il nous faut examiner.

Le texte des XII Tables déclare que le témoin défaillant sera *improbus intestabilisque*. Que faut-il entendre par ces mots ? Doit-on attribuer à chacun d'eux un sens distinct, ou bien l'intestabilité a-t-elle seule une valeur juridique définie ? Cette dernière opinion est celle de Pernice (1). Au contraire Danz (2) et Mommsen (3) donnent au mot *improbus* une valeur technique. Pour Mommsen

témoins instrumentaires, se refuseraient, le moment venu, à tenir leur engagement. Ce serait le manquement à la parole donnée qui serait puni de l'intestabilité. Pour réfuter cette opinion il ne suffirait pas de dire que la peine paraît bien sévère pour le délit, car il était sans doute alors difficile de se procurer des témoins. Il ne faudrait pas dire non plus qu'elle est condamnée par les mots *testimonium fatiatur* de la loi. Il est probable en effet qu'à l'acte solennel les témoins ne demeureraient pas muets. Mais cette doctrine est en contradiction avec les mots *libripensve fuerit*. Ce parfait fait certainement allusion à un témoignage solennel déjà accompli. M. Huvelin (*La notion de l'injuria dans le très ancien droit romain in Mélanges Appleton, 1903, p. 414*) donne à cette disposition une portée plus large. Pour lui les témoins qui sont soumis à l'intestabilité ne sont pas exclusivement les témoins instrumentaires. Ce sont tous les témoins judiciaires sur lesquels les parties pouvaient compter pour les assister en justice, et spécialement les cojureurs du défendeur. Mais outre qu'il est impossible de prouver que la cojuration ait jamais existé à Rome (Cf. Girard, *Org. Jud.*, 88, n. 5), il est arbitraire de supposer que le témoin judiciaire ait jamais été lié à la partie par un lien d'obligation. Le principe de la libre comparution des témoins en matière civile est affirmé par Quintilien, *Inst. Or.*, V, 7, 9. Cf. *in/rà*, p. 89 ss.

(1) *Labeo*, I, 1873, p. 241.

(2) *Lehrbuch*, II, 17.

(3) *Droit pénal*, III, 341, n. 8 et 342, n. 1.

l'improbis n'aurait pas le droit de se servir de témoins. Pour Danz, *l'improbilas* serait l'incapacité de porter témoignage en justice (1). Ce ne sont là que des conjectures.

Au reste, quel que soit le sens particulier du mot *improbis*, notre question principale vise l'intestabilité au sens large, c'est-à-dire la nature de la peine édictée par les XII Tables. Une première opinion, soutenue anciennement par Marezoll (2) et Zimmern (3), adoptée par Pernice (4), et défendue par M. Cuq (5), admet que l'acceptation la plus ancienne de l'intestabilité est l'incapacité d'être témoin à un acte solennel, ou, pour employer une terminologie commode, l'intestabilité active. En réalité, aucun des textes allégués n'est probant. Ils sont tous d'une époque trop éloignée de la loi des XII Tables pour nous renseigner valablement sur elle (6). Le seul qui se rapporte expressément à l'ancien droit est une phrase du grammairien Porphyrio (7), qui vivait sous Marc-Aurèle.

(1) Si cette doctrine était exacte, nous aurions un exemple d'*improbilas* dans la sanction édictée par la loi latine de Bantia (621-639) contre l'auteur d'un délit ignoré (Girard, *Textes* ³, p. 30) : c. 1, *neive is testimonium deicito neive quis magistratus testimonium poplice ei deferri neive denuntiari sinito*.

(2) Marezoll, *Bürgerliche Ehre*, 1824, p. 85.

(3) Zimmern, *Römisches Privatrecht*, I, 1826, p. 460.

(4) *Op. cit.*, p. 241, n. 5.

(5) *Inst. Jur.*, I^{er}, p. 255, n. 10 et II^{er}, p. 81, n. 4.

(6) Il est évident que ni la définition tirée de Gaius (*D.*, 28, 1, 26) ni *a fortiori* celle des Basiliques (35, 1, 19) ni les différentes définitions tirées des glossaires (Goetz, *Corpus glossariorum Romanorum*, VI, 1899, h. v^o) ne valent pour l'intelligence du texte des XII Tables.

(7) Porphyrio, in *Horat.*, II, 3, 181 : *Antiqui eos quos in testimonium*

Quant au texte d'Aulu-Gelle, concernant Gaia Taracia, qu'un *privilegium* aurait rendue *testabilis*, nous avons déjà vu de quelles obscurités singulières il était entouré, et d'ailleurs il ne nous dit en aucune façon en quoi consistait cette testabilité accordée à la vestale; ce peut être tout aussi bien la testabilité passive que la testabilité active.

Si aucun document ne nous permet de conclure que l'intestabilité de l'ancien droit est active, en revanche, un texte assez proche des XII Tables par sa date, semble nous dire qu'elle est passive, qu'elle interdit à l'individu qui en est frappé tout recours au témoignage d'autrui. C'est un passage de Plaute dans son *Curculio* (1). L'effet comique est obtenu par un jeu de mots obscène sur *testis*, qui signifie à la fois témoin et testicule. Il semble résulter de ce texte que l'*intestabilis* ne peut agir *testibus præsentibus*, n'a pas le droit de procéder à des actes juridiques où des témoins doivent intervenir. Si telle était la peine, elle était assez grave. Dans un temps où la plupart des actes de la vie sociale exigeait le concours des témoins, refuser à un individu le témoignage d'autrui, c'était rendre sa condition très dure. Il ne pou-

admitti nolebant intestabiles vocabant, scilicet quorum testimonium malum et execrundum esset. Cf. Pseudo-Acro, ibid. Intestabiles appellabantur quorum testimonium non valebat.

(1) *Curculio*, I, 1, 30.

Palinurus : *Semper curato ne sis intestabilis*

Phaedromus : *Quid istuc est verbi?*

Palin. *Caute ut incedas via*

Quod amas amato testibus præsentibus.

vait se marier autrement que par *usus*, ni faire aucun des actes de la vie commerciale, ni ester en justice. Il était presque en dehors de la sphère du droit.

Cette peine est évidemment bien plus efficace que ne le serait la simple intestabilité active. Cette dernière n'est qu'une blessure d'amour-propre et nuit pratiquement moins au coupable qu'à ceux qui peuvent avoir besoin de lui. L'intestabilité passive, celle des XII Tables, est au contraire une peine très grave (1), qui peut sembler excessive. Elle nous paraît commandée par le principe du talion : celui qui refuse son témoignage à autrui ne pourra recevoir le témoignage d'autrui. Il y a dans cette symétrie une logique apparente qui satisfait la justice des peuples peu civilisés.

Nous ne contestons pas d'ailleurs que l'intestabilité ait été, dès cette époque, également active. Par suite de la déconsidération qui s'attachait à lui, l'*intestabilis* ne pouvait prendre part à une *testatio*. Ce n'était pas là l'objet de la peine ; c'en était un effet indirect (2).

La défaillance du témoin est, pour l'époque ancienne le seul cas sûr d'intestabilité (3), et l'intestabilité est le

(1) Dans Horace, *Sat.*, II, 3, 181, un père, pour maudire son fils, l'appelle *intestabilis et sacer*. Le rapprochement des deux mots est assez significatif.

(2) Même conception de l'intestabilité à la fois active et passive dans Ihering, *Esprit*, t. III³, p. 218, n. 234.

(3) M. Cuq, *Inst. Jur.*, I², p. 81, 4 et 149, 1 admet que les parjures étaient punis d'intestabilité et cite à l'appui trois textes : Cic., *De Legibus*, II, 9, 4, *Pro Q. Roscio Comædo*, 16 et Gell., *N. A.*, VI, 18. Les deux premiers ne parlent pas d'intestabilité, mais seulement de déshonneur. Le texte d'Aulu-Gelle dit au contraire que les prisonniers

seul cas qui nous soit attesté où l'incapacité d'être témoin soit l'effet d'une mesure pénale.

Mais, en dehors de ces incapacités générales d'ordre physique ou juridique, il semble qu'il ait existé des incapacités relatives. Ainsi, il paraît difficile d'admettre que le *mancipio dans* ou le *mancipio accipiens* aient pu jouer le rôle de témoin dans leur propre affaire. Ce serait contraire à l'étymologie qui fait du témoin un tiers (1). Au même titre que les parties, il semble que l'on doive exclure ceux qu'elles ont en puissance ou sous la puissance de qui elles se trouvent (2). Quant à la règle, en vigueur à l'époque classique (3), qui permet à deux parents placés sous la même *pctestas* ou sous la *potestas* l'un de l'autre de prêter témoignage à l'acte juridique accompli parjures envoyés par Hannibal étaient *intestabiles*, mais le mot est pris ici sûrement non pas dans son sens technique, mais dans un sens littéraire et vague dont nous relevons ailleurs beaucoup d'exemples (Salluste, *Histor.*, I, 41 (Ed. Dietsch, p. 10). Pline, *Hist. Nat.*, 30, 6, 2 ; 28, 24, 8. Tacite, *Histor.*, 4, 42 ; *Annal.*, 6, 40, etc.) Ce qui prouve que nous sommes bien ici en présence d'une acception de ce genre, et qu'il faut traduire par odieux, déconsidéré, c'est d'abord la phrase même d'Aulu-Gelle, *adeo intestabiles inuisosque fuisse* ; c'est ensuite ce fait, que nous connaissons par le même auteur, la nature de la peine dont ils étaient frappés : ce n'était pas l'intestabilité, mais l'infamie censorienne (*l. c.*, VI, 18, 10). Porphyrio, *ad Horat.* Sat. II, 3, 181, nous dit que les parjures étaient *intestabiles*, mais son autorité est bien faible.

(1) Cf. *suprà*, p. 6.

(2) Cette règle nous est attestée en droit classique à propos du testament : Gaius, II, 105. *Reprobatur enim in ea re domesticum testimonium*. Cf. Ulpien, *Reg.*, XX, 3. Mais nous croyons avec Windscheid, *Pandekten* ⁹, III (1906), § 542, n. 10, que cette règle était déjà applicable à la mancipation. Cf. *infra*, p. 119 s.

(3) Ulpien, *Reg.*, XX, 6 : *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*.

par un tiers, on ne sait si elle est ancienne ou récente.

Le nombre des témoins ne pouvait pas être arbitraire. Suivant une formule qui nous est donnée par nos meilleures sources, ils devaient être 5 au minimum (1). Cette réglementation a donné lieu à de nombreuses controverses. On s'est d'abord demandé si l'*antestatus* devait être compté parmi ces témoins. Sur ce personnage énigmatique bien des théories diverses ont été proposées. En négligeant la doctrine ancienne de Böcking (2) suivant laquelle l'*antestatus* serait un prêtre, doctrine qui ne repose sur aucun argument sérieux, l'opinion des romanistes se divise en trois systèmes principaux (3). Pour M. Cuq (4) il faudrait distinguer suivant les périodes. Anciennement l'*antestatus* aurait été un individu différent des témoins, et aurait été chargé de convoquer ceux-ci. C'est lui qui aurait demandé à chacun des témoins *licet antestari* en lui touchant l'oreille. Sous l'Empire, par suite de la simplification des actes juridiques, il aurait été compté parmi les témoins. Mommsen (5) et M. Girard (6) au contraire

(1) Gaius, I, 113 : *Adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus*. Ulpien, *Reg.*, XIX, 3 (*Mancipatio*) *fit certis verbis libripende et quinque testibus præsentibus*.

(2) *Pandekten des Römischen Privatrechts*, Bonn, 1853, p. 177, n. 19. Voir sa réfutation dans Bruns (7 *Zeugen*, p. 131).

(3) Pour l'ancienne bibliographie V. W. Rein, *Römisches Privatrecht*, 1858, p. 235, n. 1, ou Voigt, *XII Tafeln*, I, 1883, p. 162 s.

(4) *Inst. jur.*, I², p. 80, n. 6. Cette doctrine vient de recevoir l'adhésion de M. Schupfer. L'« *antestatus* » della epitome di Gaio, l'« *orator* » delle carte langobarde. Riv. Ital. per le scienze giuridiche, vol. XLVII, 1910, fasc. 3, pp. 303-314.

(5) *Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissensch.*, 1894, p. 56 = *Gesam. Schr.*, I, p. 438.

(6) *Manuel* ⁴, p. 284, n. 5.

estiment que l'*antestatus* est simplement le premier des témoins. Cette théorie leur paraît prouvée par le testament de C. Longinus Castor (1). Suivant une troisième doctrine (2), l'*antestatus* aurait toujours été un 7^e personnage, différent des 5 témoins comme du *libripens*. Nous croyons aussi, pour notre part, que c'est là l'hypothèse la plus vraisemblable, encore qu'il paraisse difficile d'arriver à une certitude en l'état présent des sources. L'Epitome de Gaius, rédigé par des Romains au iv^e ou au v^e siècle (3) donne en effet très nettement l'*antestatus* comme une 7^e personne (4). Nous possédons quelques indices, assez faibles à la vérité, qui confirment ce témoignage, qui ne nous paraît, en revanche, contredit par aucun texte décisif (5).

(1) Girard, *Textes* ³, p. 772 ss.

(2) Se rallient à cette hypothèse, avec des nuances que nous négligeons : Hugo, *Römische Rechtsgeschichte* ¹, Berlin, 1832, p. 213 s. ; Schilling, *Institutionen*, II, 1837, p. 611 ; Huschke, *T. Flavii Syntrophii instrumentum donationis*, Breslau, 1837, pp. 43 ss. ; Rein, v^o *Mancipatio* in Pauly's *Realencyklopädie* ; Keller, *Institutionen*, 1861, p. 31 ; Bruns, 7 *Zeugen*, p. 125, n. 33 ; Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 210 ; Baron, *Institutionen*, 1884, p. 137 ; Karlowa *Röm. Rechtsg.*, I, 1885, p. 778 s. de Ruggiero, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, v^o *Antestatus* 1889, t. I, p. 491 ; Hitzig, *Z. Sav. St.*, 14 (1893), p. 198 ; Erman, *Ibid.*, 20 (1899), pp. 188-191 ; Lenel, *Ibid.*, 24 (1903), p. 342 ; Bekker, *Ibid.*, 30 (1909), p. 28.

(3) Suivant MM. Seckel et Kübler, in *Huschke's Jurisprudentia Antejustiniana* ⁶, I (1908), p. 113.

(4) Gaii Epitome, I, 6, 3, *Fontes Juris Romani antejustiniani* Edd. Riccobono, Bavièra, Ferrini (Florence, 1909, p. 174) : *Quæ tamen emancipatio solebat ante præsidem fieri ; modo ante curiam facienda est, ubi quinque testes cives romani in præsentem erunt et pro illo qui libripens appellatur, id est stateram tenens et qui antestatus appellatur alii duo ut septem testium numerus impleatur.*

(5) 1^o Une définition du grammairien Priscien (v^e et vi siècles)

Quant à sa fonction, nous croyons, avec Keller et Karlowa (1) qu'à l'instar de l'*antestatus* de l'*in jus vocatio*, il était pris à témoin parmi les assistants au début, au cours,

Ed. Hertz in H. Keil, *Grammatici Latini*, II (1855), p. 382, traduit *antestari* par προδιαμαρτυρηθῆναι. Telle est la leçon des meilleurs manuscrits. Si l'on adoptait la correction de Saumaise suivi par Lachmann (*Z. f. Gesch. Rechtswissenschaft*, t. XI (1852), p. 117, qui lit προσδικμαρτυρηθῆναι cette définition de Priscien serait un argument en faveur de ceux qui voient dans l'*antestatus* un témoin supplémentaire. 2° Un passage de St Clément d'Alexandrie (Ed. Straehlin, 1906, p. 363 s.), Strom. V, 8, Καὶ τὰ παρὰ Ῥωμαίους ἐπὶ τῶν διαθηκῶν γινόμενα τάξιν εἴληχε τὰ διὰ δικαιοσύνην ἐκεῖνα φυγὰ καὶ ἀσσάρια καρπισμοὶ τε καὶ αἱ τῶν ὧτων ἐπιψύσεις, τὰ μὲν γὰρ ἵνα δικαίως γίνηται, τὰ δὲ εἰς τὸν τῆς τιμῆς μερισμὸν, τὸ δ' ὅπως ὁ παρατυχὼν, ὡς βάρους τινὸς αὐτῷ ἐπιτιθεμένου, ἐστῶς ἀκούσῃ καὶ τάξιν μεσίτου λάβῃ. Il semble d'après ces derniers mots qu'il intervenait, dans les mancipations, un témoin impartial différent des autres, qui serait l'*antestatus*. Nous ne croyons pas en revanche pouvoir tirer argument, comme le fait Karlowa *R. R. G.*, p. 778, de l'ordre dans lequel sont relatées les opérations de la mancipation, dans la donation de Flavius Syntrophus. La doctrine qui fait de l'*antestatus* un témoin indépendant ne nous paraît pas atteinte par la découverte du testament de Longinus Castor, car l'*antestatus* qui figure dans cet acte juridique, s'il est bien un *signator* n'est pas nécessairement un *testis*. Comme nous le verrons plus loin (p. 141 ss.) le droit prétorien seul exige 7 *testes* au testament; le droit civil exige bien 7 cachets, mais 5 témoins seulement. Or ici nous sommes en présence d'un testament rédigé conformément au *jus civile*. Il contient 7 cachets, parmi lesquels 5 cachets de témoins (4 témoins proprement dits et le *libripens* qui leur est assimilé) et deux cachets de personnages qui ne sont pas des témoins, l'*antestatus* et l'*emplot familiaris* (Cf. *infra*, p. 129 s.). Quant aux quelques inscriptions qui nous signalent des *antestati* (*C. I. L.*, VI, 10239, 10241, 10247), il nous paraît impossible d'entir aucune information au sujet de la nature juridique de l'*antestatus*. M. Mitteis (*Röm. Pr. R.*, 295, n. 16) rapproche l'*antestatus* du συγγραφοφύλαξ, qui est un des témoins au contrat (*Sic Tebtunis Papyri*, I, n° 105, n. 63). Ce rapprochement ne nous paraît pas décisif, la pratique grecque et la pratique romaine pouvant offrir des divergences.

(1) *Ll. cc.* Suivant M. Schupfer (*art. cit.*), l'*antestatus* aurait eu pour mission de diriger l'acte, de veiller à sa correcte exécution.

ou à la fin de l'acte. Cette prise à témoin s'accompagnait comme pour l'*in ju vocatio*, d'un pincement d'oreille (1). Peut-être cette *antestatio* n'était-elle pas juridiquement indispensable pour la mancipation, ce qui expliquerait que Gaius et Ulpien ne la mentionnent pas (2). L'*antestatus* ne serait donc pas un des témoins solennels requis, mais un témoin probatoire supplémentaire et facultatif. On exigeait qu'il fût pubère (3).

Quel que soit d'ailleurs l'*antestatus*, le minimum légal des témoins instrumentaires était 5. Cette prescription a donné naissance à un certain nombre de théories qui sont autant d'hypothèses invérifiables. Tout ce que l'on peut faire, c'est doser leur degré de vraisemblance. Une hypothèse enseignée par Huschke (4) a joui longtemps d'un certain crédit (5). Suivant elle, les 5 témoins de la mancipation représenteraient chacun une des 5 classes de la cité, organisées, suivant la tradition, par Servius Tullius. Cette

(1) Cl. Alex, *loc. cit.*

(2) Sic R(ein), v° *Mancipatio* in Pauly's *Realencyclopädie*.

(3) Ælius Gallus, *apud Priscianum*, *loc. cit.* *Impubes libripens esse non potest neque antestari.*

(4) Huschke, *Nexum*, 1846, p. 7. L'idée avait été exprimée deux siècles auparavant par Bachoff d'Echt (Reinhardi Bachovii, *In Institutionum libros IV Commentarii*, Francfort, 1643, *ad Inst.* II, 10, 3, n° 2, p. 337, et, peu de temps avant Huschke, par Schilling, *Institutionen*, 1837, p. 511 ; Götting, *Staatsverfassung*, Halle, 1840, p. 122 ; Walter, *Röm. Geschichte*, Bonn, 1840, p. 586, etc.

(5) Doctrine adoptée par Rein, v° *Mancipatio*, in Pauly, t. 4 (1856), p. 1469 ; Ihering (1852), *Esprit*, I, 143 ; Mommsen, *Histoire romaine*, I, 208, n. 1 ; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, I (1864), p. 58, n. 10 ; Rudorff, *Zeitschrift f. Rgsch.*, 11 (1873, p. 68). Bechmann, *Kauf*, I (1876), p. 79 ne prend pas parti ; non plus que Baron, *Institutionen*, I (1884), p. 137.

conjecture (1), assez séduisante au premier aspect, est très probablement fausse (2). La mancipation se retrouve en effet dans des cités italiques auxquelles la division en 5 classes est étrangère (3). De plus, il a été observé que si une fraction du peuple devait être représentée dans l'opération, ce ne serait pas la classe, mais bien la centurie ou tout au plus la curie (4). Il paraît, en outre, difficile d'admettre que les témoins de la mancipation aient été pris distributivement dans chacune des classes (5), car les témoins du testament *per æs et libram* d'après Festus (6) étaient des *testes classici*, c'est-à-dire qu'ils étaient pris dans la première classe (7). Enfin on fait observer que le nombre 5 n'est pas un nombre fixe, mais un minimum qu'il est permis aux parties de dépasser (8). Ce caractère est incompatible avec l'idée de représentation d'une fraction déterminée de la cité. Bien que toutes

(1) Cette théorie, vigoureusement attaquée par Bruns (7 *Zeugen*, p. 131 s.), est aujourd'hui abandonnée par presque tous les auteurs (Cf. pourtant P. Viollet, *Histoire du Droit privé français* ³, 1905, p. 651, n. 3).

(2) Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 285, 2.

(3) On trouve la mancipation à Salpensa (loi de Salpensa, c. XXII).

(4) Hölder, *Beiträge zum Römischen Erbrecht*, 1881, p. 51, cité par Girard, *loc. cit.* Cet argument avait déjà été mis en avant par Vinnius, *Comm. ad § 2, Inst. De test. ordinandis* dans son *Commentaire aux Institutes*, Amsterdam, 1657.

(5) Bruns, *op. cit.*, p. 122.

(6) Festus, v^o *Classici* : *C. testes dicebantur qui signandis testamentis adhibebantur*.

(7) Aulu-Gelle, *N. A.*, VI, 13 : *classici dicebantur non omnes qui in quinque classibus erant, sed primæ tantum classis homines*.

(8) Gaius, I, 119, *non minus quam quinque*. Cf. Bekker, *Z. Sav. St.*, 30 (1909), p. 59, n. 7.

ces objections ne soient pas également fortes (1), l'hypothèse de Huschke ne nous paraît plus défendable.

Une autre théorie, récemment proposée par Schlossmann (2), est peut-être plus conjecturale encore. Cet auteur, partant de l'idée, fausse à notre sens, que la mancipation serait née de l'*in jure cessio* (3), voit dans nos 5 témoins deux *superstites* de chaque partie départagés par un tiers arbitre.

Nous croyons plus vraisemblable la théorie de Karlowa (4) suivant laquelle le nombre des témoins aurait été fixé à 5 par une simple application du système quinquennal dont nous voyons chez les Romains comme chez d'autres peuples tant d'applications, soit sous l'aspect du système quinquennal proprement dit, soit plutôt sous la forme de son double, le système décimal (5). Que la

(1) Les deux premières sont seules décisives à notre sens, car le sens de *classici* donné par Aulu-Gelle est peut-être dérivé. Il est probable qu'à l'origine les *classici* étaient les citoyens inscrits sur les registres, tandis que les autres étaient *infra classem*. Quant à l'objection tirée de ce que le nombre est donné comme un minimum, elle est bien fragile. Il se peut fort bien que ce nombre ait été fixe au début et qu'on ait plus tard permis aux parties de le dépasser, pour les besoins de la preuve, à un moment où le caractère « politique » du témoignage s'était suffisamment atténué. *Contrà*, en dernier lieu, Bekker, *Z. Sav. St.*, 30 (1909), p. 59, n. 7.

(2) Schlossmann, *Litiskontestatio*, p. 116, n. 4 et appendice, p. 198.

(3) V. le développement de cette idée dans *De in jure cessione et mancipatione*, Festschrift Kiel, 1904 et sa réfutation dans Stintzing, *Ueber die Mancipatio*, 1904.

(4) *R. Rgsch.*, II, p. 370. Dans le même sens Bekker, *Z. Sav. St.*, 30 (1909), p. 59, 7.

(5) Le système de numération des Romains était décimal comme le nôtre ; leurs institutions politiques (curies, décuries, centuries, sénat) étaient fondées suivant ce système. Quant au nombre 5, on le

large diffusion de ce système s'explique par le nombre des doigts de la main ou par toute autre raison (1), le fait est indéniable. Le nombre 5, présent dans les esprits par suite de ses applications multiples, se serait donc imposé tout naturellement lors de la naissance de l'institution. Il répondait suffisamment aux conditions que l'on exigeait de lui, n'étant ni trop petit, ni trop grand. Plus tard on autorisera les parties à faire venir un nombre supérieur de témoins. Les témoins de la mancipation classique sont généralement en nombre égal ou supérieur à 7, mais cela tient à ce qu'ils ne sont plus seulement les témoins de la mancipation ; ils sont encore et surtout témoins du titre écrit qui la constate. En tant que témoins de la mancipation, il est nécessaire et suffisant qu'ils soient 5.

2. — *Prestation du témoignage.*

Nos informations sur la façon dont se rendait le témoignage sont extrêmement restreintes et la plupart des questions soulevées à ce sujet devront rester sans réponse.

retrouve plusieurs fois à Rome en notre matière même. Ainsi suivant Denys d'Halicarnasse, *Ant. Rom.*, II, 15, le père ne pouvait exposer son nouveau-né qu'après l'avoir montré à 5 voisins. De même le préteur, dans son édit concernant la femme qui se trouve enceinte après la dissolution du mariage, exige à plusieurs reprises des femmes témoins au nombre de 5. Ulpien, I, 34 *ad. Ed.* Lenel, 984, D., 25, 4, 1, 10. Sur l'influence du système décimal sur les institutions politiques en droit comparé, cf. Julius Cramer, *Die Verfassungsgeschichte der Germanen und Kelten*, 1906, p. 4 ss.

(1) Karlowa, *l. c.* Usener, *Dreiheit in Rhein. Museum.* Neue Folge, B. LVIII, p. 365.

Le premier problème qui se pose est celui du recrutement des témoins. A qui revenait le choix des témoins ? Etaient-ils tous les 5 fournis par une seule partie, et par laquelle ? Un texte de Varron (1) nous prouve qu'en fait dans une hypothèse concrète le débiteur qui se libère *per æs et libram* fait venir un témoin. Ce renseignement est, on le voit, bien incomplet. Il semble naturel pourtant qu'au cas de paiement ce soit le débiteur qui se ménage des moyens de preuve. Pour la mancipation la question est plus délicate : les deux parties font une prestation. Le vendeur fournit la chose, l'acheteur le prix. Nous n'avons aucun moyen de savoir lequel des deux recrutait les témoins ni même s'il existait à ce sujet des règles précises (2).

Quant à la citation des témoins, un seul point paraît certain, c'est sa nécessité juridique. Des témoins de rencontre ne sont pas valables. Ils doivent avoir été convoqués au préalable (*rogati*) (3). Quant aux conditions de cette *rogatio* (4), elles nous sont tout à fait inconnues. Le texte de Varron semble nous mettre en présence d'une

(1) Varro, *R. R.*, II, 5, 1. Ed. Keil, p. 96 s. *Tu vero, Murri, veni mi advocatus, dum asses solvo Laribus, si postea a me repetant, ut testimonium perhibere possis.*

(2) Karlowa, *R.R.G.*, II, p. 371, admet que les témoins sont cités par le *mancipio accipiens*. Ce n'est là qu'une conjecture.

(3) Suivant la doctrine que nous croyons la plus vraisemblable, au sujet de l'*antestatus*, ce personnage ne faisait pas l'objet d'une citation préalable. Il était choisi et pris à témoin parmi les assistants, au cours même de l'acte solennel. V. *suprà*, p. 47.

(4) Sur la *rogatio testium*, cf. Ihering, *Esprit du Dr. Rom.*, III², p. 236, n. 279.

rogatio sans forme, mais on ne peut évidemment en tirer aucune conclusion générale.

Un certain laps de temps séparait cette *rogatio testium* du témoignage proprement dit.

La prestation du témoignage nous est mal connue. Il est à supposer qu'elle présentait les mêmes caractères généraux dans toutes les opérations qui comportent la présence de témoins instrumentaires. Si cette hypothèse est exacte, elle était précédée (comme c'est le cas sûrement pour le testament *per æs et libram* (1), et probablement pour la *lilis contestatio*) (2), d'un appel au témoignage prononcé par la partie intéressée, et se composait sans doute d'une formule d'assentiment prononcée par les témoins. Deux points seuls paraissent certains : 1° le témoignage est un acte oral pour lequel la présence effective des témoins est exigée (3) ; 2° c'est un acte volontaire de la part du témoin ; son consentement est exigé (4), comme le prouve la formule : *qui se sierit*

(1) Cf. *infra*, p. 133.

(2) Cf. *suprà*, p. 20.

(3) Ulp., *Reg.*, XIX, 3. *Quinque testibus præsentibus.*

(4) Il n'est pas question du consentement pour le *libripens*. La loi dit simplement : *Qui... libripens... fuerit*. Cette observation nous semble de nature à appuyer la doctrine suivant laquelle le *libripens* serait un professionnel. Sa seule présence à l'acte impliquerait son consentement. M. Mitteis, *Z. Sav. St.*, 22 (1901), p. 100, n. 2, voit au contraire dans cette phrase des XII Tables la preuve que le porte-balance était un simple particulier. Si nous comprenons bien l'auteur elle impliquerait qu'un citoyen quelconque a pu être momentanément *libripens*. Mais elle peut tout aussi bien et plus naturellement, à notre sens, viser le *libripens* professionnel qui a joué un rôle dans la mancipation litigieuse. Quant à la question de savoir si le *libripens* est ou

testarier... Le témoignage est donc une sorte de contrat entre la partie et le témoin, et ce contrat engendre pour ce dernier des obligations qu'il nous faut maintenant examiner.

3. — Obligations des témoins.

L'individu qui a accepté de prêter son témoignage à un acte *per æs et libram*, le *libripens* qui y a pris part se trouvent obligés envers la partie qui a fait appel à leur concours (1). Leur obligation consiste à venir déposer au procès si une contestation judiciaire s'élève au sujet de l'acte auquel ils ont assisté. Nous devons examiner successivement la sanction de cette obligation et sa nature juridique.

A. — La sanction.

La peine qui frappe le témoin défaillant nous est déjà connue, c'est l'intestabilité. Nous avons essayé plus haut (2) d'en déterminer le véritable caractère et nous sommes arrivés à cette conclusion que l'intestabilité la

non un fonctionnaire, elle est toute différente. Danz (*Lehrbuch*, II², p. 10, n. 6) a cru trouver la preuve de l'affirmative dans une inscription de Naples, *C. I. L.* X, n° 1277 qui cite deux personnages, T. Vidius et T. Vitorius nommés *libripendes* par les décurions. Mais il se peut fort bien qu'il s'agisse ici simplement de peseurs publics. De plus, il n'en résulterait pas nécessairement que tous les *libripendes* fussent des fonctionnaires. S'il en était ainsi on s'expliquerait difficilement que Gaius et Ulpien nous donnent des détails sur les conditions de capacité qu'on exigeait d'eux (*Sic* : Bechmann, *Kauf*, I, p. 89).

(1) XII Tables, 8, 22 : *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto.*

(2) V. *suprà*, p. 40 ss.

plus ancienne est essentiellement passive et consiste avant tout dans l'interdiction de se servir de témoins. Il est probable d'ailleurs qu'elle était également active en ce sens que l'*intestabilis* ne pouvait valablement témoigner à un acte juridique.

Une autre disposition de la loi des XII Tables (1) nous donne des renseignements précieux et intéressants sur l'application de cette peine. L'*obvagulatio* n'est pas en effet, pour nous, autre chose que la procédure par laquelle on rendait *intestabilis* le témoin défaillant. Il ne faudrait donc pas lui donner la portée générale qu'elle semble avoir d'après le texte ; il ne peut être question de rendre *intestabiles* ou de soumettre à l'*obvagulatio* tous les témoins judiciaires qui pour une raison ou pour une autre se refusent à venir déposer. Sont seuls soumis à l'*obvagulatio* comme à l'intestabilité dont elle n'est que la mise en œuvre, les témoins qui s'étaient engagés envers la partie, c'est-à-dire les témoins instrumentaires en général, et le *libripens* des actes *per æs et libram* (2).

(1) XII Tables, 2, 3 : *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito*. — Sur l'*obvagulatio*, V. Haubold, *De ritu obvagulationis apud Romanos*, 1787 = *Opuscula academica*, I, 1825, pp. 147-186 ; Mommsen, *Rezension* de A. Escher, *De testium ratione*... Zurich, 1842, in *Zeitschrift für Alterthumswissenschaft*, 1844, n° 59, p. 466 = *Gesammelte Schriften*, III, 1907, p. 507. Huvelin, v° *Obvagulatio*, in *Dictionnaire des Antiquités et L'injuria dans le très ancien droit romain*, in *Mélanges Ch. Appleton*, 1903, pp. 369-499 ; H. Usener, *Italische Volksjustiz* in *Rheinisches Museum*, 1901, pp. 1-28.

(2) *Sic*, Mommsen, *loc. cit.* Huvelin, v° *Obvagulatio*, in *Dict. des Ant.* Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, I, 1864, § 51, n. 12, se demande si l'*obvagulatio* ne pourrait pas se rapporter aux témoins du procès pénal. C'est là une pure conjecture.

Festus (1) est le seul auteur qui nous ait gardé le souvenir de l'*obvagulatio*. Il nous apprend qu'elle consiste en une réclamation bruyante faite devant la porte, c'est-à-dire devant la maison (du témoin). Tels sont les seuls renseignements directs que nous possédions sur l'institution. On comprend que dans ces conditions bien des controverses aient été soulevées.

On s'est d'abord demandé où et quand l'*obvagulatio* devait être faite. Il paraît aujourd'hui unanimement admis que l'opération a lieu devant la propre maison du témoin récalcitrant (2). Au contraire des discussions se sont élevées sur le moment où l'on doit procéder à l'*obvagulatio*. Les termes de la loi sont *tertiis diebus*, ce qui signifie : tous les deux jours (3). Cette prescription paraît étrange. Elle s'explique aisément, croyons-nous, si on la rapproche du système de la *comperendinatio*. On sait que la *comperendinatio* était basée sur ce principe qu'un intervalle d'un jour devait séparer une audience de l'audience suivante (4). Si le témoin ne comparaissait pas au jour dit

(1) Festus, v° *Vagulatio* : V, in XII significat *quæstio cum convicio*. Id. v° *Portum* : P, in XII pro domo positum omnes fere consentiunt.

(2) Rœvardus, in *Ad Leges XII Tabularum*, c. 11 (*Opera*, Francfurti, 1601, t. I, p. 34 ss.), soutenait que l'*obvagulatio* devait se faire devant la porte de l'adversaire, mais cette opinion a été réfutée par Haubold (*op. cit.*, p. 163 ss.). Cette doctrine était encore admise par Puchta, *Institutionen* °, I (1881), § 160, p. 465, note d.

(3) L'accord paraît fait actuellement sur ce point. Cf. Haubold (*op. cit.*, p. 174 R(ein)). v° *Obvagulatio*, in Pauly's *Realencyklopädie*. Usener, *op. cit.*, p. 22 ; Huvelin, v° *Obvagulatio* in *Dict. Ant.* Pour les théories anciennes, en particulier celles de Cujas et d'Otto ; cf. Haubold, *loc. cit.*

(4) V. Kipp, v° *Comperendinatio* in Pauly-Wissowa. Paul Diacre, v° *Res*

devant le juge, le plaideur demandait, d'accord avec son adversaire (*comperendinatio* proprement dite) ou indépendamment de tout accord (*diffissio*), la remise de l'affaire à la prochaine audience qui avait lieu normalement le surlendemain. La partie lésée utilisait le jour intermédiaire pour faire sa réclamation devant la porte du témoin défaillant (1). Sans doute le plaideur pouvait demander plusieurs remises et réitérer plusieurs fois l'*obvagulatio* comme l'indique le pluriel *tertiis diebus*. L'*obvagulatio* est donc bien, comme le disait Cujas, une sorte de *denuntiatio* (2).

D'autre part ses rapports incontestables avec l'intestabilité font d'elle une peine. C'est dire qu'elle est à la fois une mise en demeure et une sanction. L'individu qui a été l'objet d'une *obvagulatio* est, par le fait même, déconsidéré; mais alors, comment se fait-il qu'on ait encore recours à son témoignage? Il ne faut pas, croyons-nous, chercher une rigueur juridique trop grande dans cette institution. L'*obvagulatio* est un acte complexe, c'est une menace de déconsidération, c'est une infamie conditionnelle; ce n'est pas la notification expresse de l'intes-

comperendinata: R. C. significat iudicium in diem tertium constitutum. Valerius Probus *Notæ*, in *legis actionibus* n° 9 (Girard, *Textes* ³, p. 196) I. D. T. S. P. in diem tertium sive perendinum, et Goetz, *Corp. Glossar Latin.*, v^{is} *Comperendinatio*, *Comperendinare* et *Perendie*.

(1) M. Huvelin (*L'injuria*, p. 414) estime que l'appel solennel des témoins récalcitrants était fait au moment même où le plaideur doit les amener *in iudicio*. Cette opinion est également plausible.

(2) Mais c'est une *testimonii denuntiatio* privée et non une *litis denuntiatio* ou une *in jus vocatio*, comme le veut Haubold (p. 181).

tabilité prononcée par la loi. Le refus de témoigner n'entraînait pas du premier coup l'interdiction de témoigner. On laissait à la partie lésée une certaine initiative. Elle pouvait encore recourir au témoin défaillant, réclamer son concours par des prières et des malédictions. La déconsidération venait peu à peu. En un temps où le témoignage était presque le seul moyen de triompher au procès, c'eût été punir le plaideur presque autant que le témoin que d'enlever à ce dernier la faculté de se repentir.

En quoi consistait cette institution si originale, à la fois menace et châtement, à la fois citation à comparaître comme témoin et interdiction d'être témoin ? C'était, nous dit Festus, une réclamation collective et bruyante (1). Nous trouvons dans nos sources un assez grand nombre de passages, où il est question de vacarme, non pas d'un vacarme spontané ou accidentel, mais d'un vacarme organisé, intentionnel, poursuivant certaines fins nettement déterminées, en un mot d'un vacarme juridique (2).

Ce serait sortir des cadres de notre étude que d'examiner les théories ingénieuses et vraisemblables qui ont été récemment émises sur la nature magique de ce charivari (3). Bien des indices portent à croire en effet

(1) *Quæstio cum convicio*.

(2) Plaute, *Bacchides*, IV, 8, 33, *Pseudolus*, I, 5, 144, etc. (Quintilien), *Declam. CCC*, D., 9, 2, 4, 1. Gaius, l. 7 *ad ed. provinc.* Lenel, 184. Cicero, *De domo*, 6, 14, Festus, v° *Plorare*, etc.

(3) Usener, *art. cit.* Huvelin, *Injuria*, *passim*. Girard, *N. R. H.*, 1902, p. 434.

que l'obvagation est une malédiction collective (1).

B. — *Fondement de l'obligation du témoin.*

Si fragmentaires que soient nos informations concernant la sanction de l'obligation de déposer et l'application si originale de cette sanction, elles nous donnent pourtant des indications précieuses sur la nature juridique de cette obligation.

Il est tout d'abord un point qui résulte nettement des faits exposés et qu'il nous faut mettre en pleine lumière : c'est que l'obligation du témoin est purement privée. Elle n'a rien de commun avec la prétendue obligation qui pèserait sur tous les citoyens, d'apporter à la justice des éléments d'information dont ils auraient connaissance. Cette obligation les Romains ne l'ont jamais connue (2). Non seulement, en règle générale, chacun est libre d'apporter ou de refuser son témoignage, mais le système de la *testimonii denuntiatio*, dans les rares hypothèses où elle fonctionne (3), repose précisément sur le principe

(1) 1° Ses rapports avec l'*occentatio* ; 2° le rôle essentiel joué par la porte ; 3° le caractère mixte et mal défini de l'opération. Sur tous ces points consulter l'étude de M. Huvelin.

(2) Quintilien, *Inst. Or.*, V, 7, 9. *Sic*, Girard, *Org. Jud.*, I, 88, n. 4. Au contraire la loi salique connaît cette obligation pour les procès intentés devant le tribunal du roi, titre XLIX, § 1.

(3) La *testimonii denuntiatio* (sur laquelle v. par ex. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, § 108, 2, p. 597), fonctionne en matière civile devant les récupérateurs (Girard, *Org. Jud.*, I, 103, n. 1) : Valerius Probus, *Notæ, in edictis perpetuis*, n° 8 (Girard, *Textes*³, p. 198). *Quanti Ea Res Erit Tantæ Pecuniæ Judicium Recuperatorium Dabo Testibusque Publice Dumtaxat Decem Denuntiandi Potestatem Faciam* (Cf. Girard, *Un document sur l'édit antérieur à Julien in Mélanges*

contraire. L'*auctoritas* des magistrats est mise simplement à la disposition des plaideurs.

L'obligation des témoins est donc purement privée. Ils ne s'engagent qu'envers leur partie, et c'est en vertu de cet engagement, comme le marque le mot *defuerit* suivant la juste observation de Mommsen (1), qu'ils se soumettent éventuellement à l'*obvagulatio*. Sans doute c'est la loi qui édicte l'intestabilité contre le témoin récalcitrant, mais l'application de la loi est laissée tout entière aux mains du plaideur lésé. C'est lui qui, tous les deux jours, ira faire du bruit devant la porte de son témoin. L'*obvagulatio* est un acte de justice privée, toléré par l'Etat.

Il y a là, qu'on le remarque, une situation assez curieuse : d'un côté le témoin judiciaire, même dans le procès criminel (2), est libre de refuser son concours, tandis que le témoin des actes *per æs et libram* est tenu de déposer au procès sous les peines les plus sévères. Où trouver la raison de cette anomalie ? Nous nous hasar-

Bekker, Weimar, 1907, p. 400) ; 2° en matière criminelle, en faveur de l'accusateur (Quint., *loc. cit.* Cic., *Pro Sex. Roscio*, 38, 110). Nous ignorons ce qui se passait dans l'ancienne procédure comitiale. Mais dans la procédure accusatoire, le droit de citer des témoins appartient à l'accusateur et non à l'accusé, et le magistrat ne semble jouir d'aucune initiative. Sic Mommsen, *Droit pénal*, II, 85. En dehors des sanctions effectives que pouvait entraîner contre le témoin récalcitrant cette intervention du magistrat, il semble que cette procédure jetait sur lui un certain discrédit et le rendait suspect. C'est bien ce qui paraît résulter d'un texte de Paul, *Sent.*, V, 15, 1 = *Collatio*, 9, 3, 1 : *Suspectos testes, et eos vel maxime quos accusator de domo duxit vel vita humilitas infamaverit, interrogari non placuit.*

(1) *Gesamm. Schriften*, III, 507.

(2) Au moins le témoin à décharge.

derons à proposer une conjecture sur ce problème délicat. C'est le mécanisme même de la mancipation qui nous la suggérera.

Si l'on examine de près la formule prononcée par l'acquéreur (1), on est frappé de voir qu'elle se compose de deux propositions peu en harmonie l'une avec l'autre (2),

(1) Gaius, I, 119, *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra.*

(2) Le manque d'harmonie entre les deux fractions de la formule avait déjà été aperçu et vigoureusement dénoncé par Ihering. Pour cet auteur la première seule aurait de l'importance et indiquerait la véritable source du droit de propriété, la main-mise de l'acquéreur sur la chose : *Geist des Römischen Rechts*, II, 2, 570 = *Esprit*, III, 234. « Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entsprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und ursprüngliche Stamm der mancipatio, also das Principale ist, das Zahlen aber und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und blosses Accessorium die zweite Stelle. » Mais cette théorie sur l'origine de la mancipation très inspirée de l'esprit hégélien est aujourd'hui presque unanimement rejetée (Cf. déjà Leist, *Mancipatio und Eigenthumstradition*, 1865, p. 21). Pour résoudre la difficulté, plusieurs autres théories ont été proposées qui ne nous paraissent pas plus satisfaisantes. C'est ainsi que Karlowa, *R. Rg.*, II, 368 s., voulait donner à la première proposition le sens d'une simple déclaration de volonté. Mais le sens très net et très défini du mot *aio* résiste à cette interprétation. Suivant Bechmann, *Kauf.*, I, 59, les deux propositions de la formule seraient reliées par un lien de causalité. Il faudrait donner à *que* dans *isque* le sens de *nam* (exactement le sens de l'allemand *und zwar*), mais, comme Schlossmann paraît l'avoir démontré (*De in jure cessione et mancipatione*, p. 19), il est impossible de donner dans cette hypothèse une valeur explicative au mot « *que* ». De plus on se heurterait dans ce système à la difficulté créée par la différence de temps des deux verbes dont l'un (*aio*) est au présent, tandis que le second (*esto*) est au futur. Quant à la théorie soutenue et développée par ce dernier auteur dans l'ouvrage cité, et suivant laquelle la mancipation serait née de l'*in jure cessio*, elle se heurte à des objections décisives (Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 290, 7).

la première étant une déclaration de propriété absolue et inconditionnée, la seconde donnant au contraire à ce droit de propriété une cause déterminée, à savoir le paiement du prix. Il n'y a pas là seulement une contradiction de fond. Dans la forme même, dans la façon gauche dont la seconde partie de la formule est rattachée à la première, elle donne l'impression très nette d'une retouche faite après coup. On est ainsi conduit à se demander si ces deux phrases de la formule ne correspondraient pas à deux phases successives de l'histoire de la mancipation, si la source du déplacement de propriété ne résidait pas originairement dans la simple déclaration prononcée par l'acquéreur dans des conditions rigoureusement déterminées. Cette conjecture trouve un sérieux appui, croyons-nous, dans l'analogie de plusieurs situations juridiques que nous offre le droit romain. Dans bien des hypothèses (*in jure cessio* (1), adoption), l'affirmation solennelle non contredite crée le droit (2). Sans doute le magistrat intervient ici, mais suivant l'opinion que nous croyons la meilleure il n'a pas ici de pouvoirs propres (3). Il ne fait qu'homologuer (*addicere*) la déclaration de la partie (4).

(1) On a déjà remarqué que la formule prononcée par l'acquéreur dans les deux cas est rigoureusement la même. V. Schlossmann, *D., in jure...*, p. 24.

(2) Sic Girard, *Manuel* ⁴, p. 391. *Contrà* : Wlassak, *Z. Sav. St.*, 28 (1907), p. 105.

(3) Festus, v° *Addicere*, *A. est proprie idem dicere et approbare dicendo*.

(4) Sur les effets absolus de la déclaration de l'acquéreur dans l'in

Si l'on admet cette hypothèse, on ne peut pas dire que la mancipation la plus ancienne effectue un véritable transfert de propriété. En réalité c'est un droit nouveau qui naît en la personne de l'acheteur et qui a sa source dans les paroles prononcées (1).

La seconde proposition de la formule de l'acheteur, qui dit très nettement au contraire que la source du droit acquis se trouve dans le paiement du prix, serait une adjonction postérieure. Elle aurait pris naissance à une époque relativement récente de l'histoire de la mancipation. Dans cette seconde phase, le droit que la mancipation confère à l'acquéreur n'est autre que celui du vendeur. Il en résulte, entre autres conséquences, que si l'acheteur a acquis *a non domino*, il sera menacé d'éviction par le véritable propriétaire (2).

Si cette analyse de notre formule est exacte, on peut voir que le rôle des témoins est très différent dans la mancipation primitive de celui qu'ils jouent dans la mancipation qui opère le transfert de propriété. Dans la mancipation la plus ancienne en effet, leur fonction est analogue à celle que remplit le magistrat dans l'*in jure cessio*. Ils sont un des éléments de la solennité requise

jure cessio primitive, v. l'étude de M. Esmein : *L'effet relatif de la chose jugée* in *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 229-251.

(1) De ce déplacement de propriété créé *verbis*, on peut rapprocher l'obligation née *verbis* de la stipulation.

(2) Pour mieux préciser notre conjecture, nous dirons que si la mancipation primitive est, *au point de vue économique*, une vente au comptant, elle est, *au point de vue juridique*, une sorte d'occupation.

pour faire sortir aux paroles prononcées leur plein effet. C'est leur présence qui fait du droit affirmé par le mancipation un *dominium ex jure quiritium*. De même dans cette mancipation la plus ancienne, il suffira à l'acquéreur, pour prouver son droit de propriété, de prouver que les paroles solennelles ont été prononcées dans les conditions requises. Pour cette preuve les témoins seront naturellement des instruments de premier ordre. C'est pourquoi leur présence est exigée sous la sanction grave de l'intestabilité.

Mais, nous l'avons dit, la mancipation ne garda pas longtemps à Rome ce caractère un peu mystique. On en vint à considérer que la propriété de l'acquéreur était celle du vendeur qui passait entre les mains du premier moyennant un certain prix. C'est donc dans le paiement du prix et non plus dans le prononcé de la formule que se trouva désormais la source du droit de propriété. Cette modification considérable ne fut pas sans entraîner un changement profond dans la fonction des témoins à la mancipation. Sans doute ils continuèrent à exercer un certain contrôle sur la mancipation, mais ce contrôle perdit de son importance à mesure que la mancipation elle-même devenait un acte translatif et non plus générateur de droits réels. Leur valeur probatoire diminua du même coup. Il ne suffisait plus en effet à l'acquéreur par mancipation qui n'avait pas usucapé, de prouver la mancipation, il devait prouver en outre qu'il avait acquis d'un *verus dominus*, et pour cette preuve les ins-

truments les plus importants n'étaient pas les témoins, mais le vendeur, qui y était d'ailleurs contraint par le mécanisme de l'*actio auctoritatis*.

On le voit, pour nous, les témoins à la mancipation représentaient à l'origine la collectivité. Telle était encore l'opinion dominante au milieu du dernier siècle (1), mais cette doctrine, compromise par les précisions aventureuses de Huschke, fut vigoureusement attaquée par Bruns et, depuis, par un grand nombre de romanistes. Il est à remarquer d'ailleurs que les critiques portent beaucoup moins sur le principe même de la représentation entendu au sens très large, que sur les exagérations de ce principe, évidemment bien plus faciles à réfuter (2). Pourtant, dans un ouvrage paru en 1904, Schlossmann opposait à la théorie qui fait des témoins les organes de la collectivité une théorie symétrique et contraire qui ne voit en eux que de simples éléments d'information, des preuves préconstituées (3). Nous pensons qu'en dépit des attaques de Schlossmann, l'ancienne théorie, trop absolue sans doute, contenait une grande part de vérité.

(1) Tous les auteurs que nous avons cités, p. 48, n. 5, comme considérant dans les 5 témoins les représentants des 5 classes admettent *a fortiori* le caractère politique de la mancipation primitive. Ajoutons Böcking, *Pandekten*, I², 1853, p. 177, n. 19; Danz, *Lehrbuch*, II², 1873, p. 45; Marquardt, *Privatleben der Römer*, I, 1876, p. 37 = *Vie privée*, I, 45.

(2) Comme celle qui voit dans les 5 témoins les représentants des 5 classes de Servius Tullius. Sur cette question, v. *suprà*, p. 48, n. 4.

(3) Schlossmann, *Atrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, 1904, pp. 77-109. Cf. Bruns, 7 *Zeugen*, p. 122; Mitteis, *Nexum* in *Z. Sav. St.*, 22 (1901), pp. 98-100 et *Römische Privatrecht*, 1908, p. 258.

Tout d'abord les vraisemblances générales tirées du droit comparé et du droit romain lui-même sont en faveur de cette doctrine. La collectivité, dans les législations anciennes, ne laisse à l'individu qu'une autonomie juridique très restreinte. A Rome elle intervient par un vote pour contrôler la dévolution testamentaire et l'adrogation ; elle assiste aux plus anciens mariages (1). Il serait étrange qu'elle se désintéressât absolument des déplacements de propriété, dont l'importance sociale est considérable (2). Mais, de plus, les conditions de capacité qu'on exige des témoins instrumentaires ne sont point celles qui sont exigées du simple témoin au procès ; elles sont plus étroites. Alors qu'une femme, un enfant, un étranger, peuvent déposer devant le juge (3), on exige des témoins

(1) V. *infra*, p. 71.

(2) Sans doute la *mancipation* ne s'applique d'abord qu'aux meubles, mais il est certain qu'elle s'applique aux immeubles dès que ceux-ci furent aliénables. On a dit que le trouble social causé par la vente d'un meuble n'est pas suffisant pour que la société ait éprouvé le besoin d'organiser un contrôle (Cuq, *Inst.*, I, 1891, p. 256. Bruns, *7 Zeugen*, p. 131), mais on peut faire remarquer qu'il ne s'agit pas de tous les meubles, mais des plus importants, les *res Mancipi*. En outre, l'objection nous paraît tirée d'idées modernes qu'il n'est pas sûr que les anciens Romains aient partagées. Dans la plupart des législations peu avancées, le transfert de propriété des principales choses aliénables est soumis à un certain contrôle. Il est intéressant de remarquer que sur 9 hypothèses où interviennent les témoins instrumentaires en droit suédois, 6 sont des actes juridiques se rapportant à des immeubles (K. von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, 1882, p. 270).

(3) Sur les conditions de capacité des témoins judiciaires, V. Escher, *De testium ratione quæ Romæ Ciceronis ætate obtinuit*, Zurich, 1842, pp. 24-50.

à la mancipation qu'ils soient mâles, pubères et citoyens. Cette triple condition cadre très bien avec cette idée que la fonction du témoin aux actes est un *civile officium* (1). En outre, il est une règle que nous ne trouvons exprimée que pour les témoins du testament classique (2), mais qui est sans doute déjà vraie des témoins de la mancipation ; c'est celle qui exige que ces témoins soient choisis dans une *domus* autre que celle des parties. Windscheid (3) fait remarquer que cette règle s'explique si les témoins représentent le peuple et ne s'explique bien que dans cette hypothèse (4).

(1) C'est l'expression même de Schütting in *Jurisprudentia vetus antejustiniana* (Leipzig, 1737, p. 628, n. 23). Il y a de fortes raisons de penser que les anciens considéraient comme tel le témoignage instrumentaire. En effet, c'est en parlant du témoignage au testament, dans son livre 1 *ad Sabinum*, Lenel, 2430, qu'Ulpien nous dit : *D.*, 50, 17, 2 : *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt* et plus loin : *Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere*. De même encore, à une autre place du Digeste, mais au même livre de son commentaire (*D.*, 28, 4, 20, 7) : *Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest...*

(2) Gaius, II, 105 ; Ulp., *Reg.*, XX, 3.

(3) *Pandekten* ⁹, III, 1906, § 542, n. 10. Cf. *infra*.

(4) Ajoutons que si l'on se place, comme le fait Schlossmann, au point de vue exclusif de la preuve, on est impuissant à rendre compte de ce phénomène que nous relèverons plus loin, à savoir que les témoins n'interviennent pas dans les contrats. D'un autre côté, pour les besoins de sa thèse, Schlossmann s'attache à démontrer que la distinction des témoins instrumentaires et des témoins judiciaires est récente et superficielle. Nous ne croyons pas qu'il y ait réussi. Sans doute les juriconsultes romains ne l'ont jamais exposée *a professo*. Cela tient à ce que, comme nous l'avons dit, ils n'ont point élaboré de théorie juridique du témoignage. Mais nous verrons cette distinction s'affirmer dans les faits d'une façon éclatante, lorsqu'à partir du début du Principat, des témoins véritablement probatoires (ceux des

S'il en est ainsi, si les témoins sont bien, en quelque mesure, des représentants de la collectivité, c'est à eux que s'adresse le mancipant en prononçant la « formule vindicatoire », suivant la juste observation de M. Stintzing. Ils ont pour mission d'élever la voix, ou du moins de refuser leur témoignage s'ils estiment inexacte la phrase prononcée par l'acquéreur (1). Cela peut se produire dans deux hypothèses distinctes. Ou bien ils ont connaissance que la chose appartient à un tiers. Dès lors l'aliénateur n'a pas pu valablement la vendre et les témoins ont l'obligation de ne pas prêter leur témoignage à cet acte frauduleux. Ils devront également refuser de témoigner, s'ils estiment que la mancipation n'a pas été faite régulière-

chirographes) supplanteront les témoins instrumentaires romains. Dans l'ancien droit suédois, les témoins instrumentaires (*fastars*) sont à ce point distincts des témoins judiciaires (*vitni*) qu'ils portent un nom différent (von Amira, *loc. cit.*). En droit chaldéen les témoins instrumentaires sont des certificateurs (*nisi mukinni*). Oppert et Menant, *Documents juridiques de la Chaldée*, 1877, p. 256.

(1) Danz, *Lehrbuch*, II, p. 9, Karlowa, *Römisches Civilprozess*, p. 36 et *Röm. Rgsch.*, II, 368, Bekker, *Aktionen*, I, 23, n. 5 considéraient les témoins comme des personnages officiels destinés à contrôler la pesée. C'était là, semble-t-il, la fonction propre du *libripens*. Suivant Huschke, *Nexum*, p. 4, la présence des témoins aurait pour effet de faire passer l'opération dans la sphère du droit public. L'expression nous semble à la fois ambitieuse et inexacte. Nous serions plus disposé à accepter la formule plus modeste de Bechmann, *Kauf*, I, 78 : « Das vor Zeugen abgeschlossene Geschäft ist ein unter unmittelbarer öffentlicher Autorität abgeschlossenes. » Il nous paraît y avoir quelque équivoque dans la simple notion de publicité à laquelle se rallient MM. Girard, *Manuel*⁴, p. 285 ; Cuq, *Inst.*, I², p. 80 (Cf. Cornil *Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, 1890, pp. 39-43). S'il s'agissait seulement de prendre connaissance de l'opération et d'en répandre la nouvelle, une femme, un esclave, un enfant aurait pu être admis.

ment, soit que le consentement d'une partie ait été vicié, soit pour toute autre raison. Les témoins jouent donc dans l'acte un contrôle effectif. Leur intervention n'est pas mécanique, mais active. Cette libre activité des témoins est protégée par l'observation de deux règles (1) que nous avons déjà signalées. Tout d'abord, ils doivent être prévenus d'avance (*rogati*). En second lieu la prestation du témoignage est un acte volontaire que le témoin est toujours libre de refuser s'il juge l'acte irrégulier ou dangereux. Aussi, s'ils donnent leur consentement assurément-ils par là même, vis-à-vis de leur partie, une certaine obligation de garantie.

Nous connaissons déjà une obligation analogue. C'est celle qui pèse sur le vendeur vis-à-vis de l'acheteur d'une *res Mancipi*, obligation sanctionnée par l'*actio auctoritatis* (2). Celle des témoins est bien plus délicate à définir et nous ne chercherons pas à introduire ici des précisions qui seraient autant d'hypothèses invérifiables. Tout ce qui nous paraît résulter de l'analyse esquissée plus haut, c'est que les témoins de la mancipation s'engagent à garantir la vérité des paroles prononcées devant eux, c'est-à-dire la réalité du transfert, le versement des deniers, la régularité de l'opération.

Si cette analyse est exacte, on comprend qu'il nous soit difficile de nous maintenir à l'un ou l'autre des points

(1) Cf. Ihering, *Jahrbücher für Dogmatik*, I, 1837, p. 294 = *Gesammelte Aufsätze*, I, 140.

(2) Sur l'*actio auctoritatis*, cf. Girard, *N. R. H.*, 1882, pp. 180-21-8

de vue trop étroits qu'adoptent respectivement les partisans de la doctrine des témoins-représentants et des témoins-preuves. Les témoins de la mancipation sont assurément des organes de publicité et des moyens de contrôle organisés par la collectivité contre les aliénations frauduleuses ou dangereuses ; mais, d'autre part, ils sont aussi, dès un temps très reculé, des moyens de preuve chargés de fournir au procès, s'il en naît un, les éléments d'information sur lesquels statuera le juge. Les deux fonctions sont indissociables, car, par le fait même qu'il consent à témoigner, le témoin s'engage envers sa partie à venir déposer en sa faveur, le cas échéant. C'est dans cette mesure seulement, à notre avis, qu'il est possible de voir dans les témoins des garants (1), et la source première de cette garantie se trouve, nous l'avons vu, dans le caractère social qu'ils revêtent au moment de la *perhibitio testimonii*.

(1) On rencontre assez fréquemment, chez les auteurs modernes, l'expression de cette idée que les témoins instrumentaires sont des garants. A la vérité, cette conception, très nuageuse chez Ihering (*Esprit*, I, 146 ss.), n'est guère plus précise chez M. Lambert (*La tradition romaine...*, p. 28), ni chez M. Appleton (*Testament romain*, p. 63, n. 1). « Dans les législations primitives consentir à être témoin d'un acte ou s'en porter garant, c'est la même chose. » Suivant Danz, *Lehrbuch*, II², § 144, cette garantie a un fondement moral : les témoins n'interviennent qu'à un acte qu'ils croient juste. S'ils se sont prêtés à une *testatio*, ils ont par là même reconnu la justesse de l'acte. Voir contre cette théorie, évidemment inspirée par le serment, Voigt *XII Tafeln*, I, 168.

SECTION III. — Autres actes juridiques.

Le testament *calatis comitiis* et l'opération *per æs et libram* sont les actes juridiques les plus importants pour la validité desquels la présence des témoins soit requise dans l'ancien droit, mais ils ne sont pas les seuls. Le témoignage instrumentaire est encore exigé pour le mariage et pour l'adition d'hérédité.

1. — *Mariage*.

Les témoins interviennent dans le mariage *cum manu*. Il est inutile de le démontrer pour la *coemptio* qui est une simple application de la mancipation. Quant à la *confarreatio*, leur présence n'est pas plus contestable ; elle nous est affirmée en termes concordants par Gaius et Ulpien (1). Mais elle a soulevé un certain nombre de difficultés qu'il nous faut examiner. Tout ce que nous savons directement sur ces témoins, c'est qu'ils devaient être au nombre de 10. La pauvreté de nos informations a laissé le champ libre à un grand nombre d'hypothèses (2). Suivant Karlowa (3), ces témoins de la *confar-*

(1) Gaius, I, 112. Ulpien, *Reg.*, IX, 1.

(2) Pour montrer jusqu'où l'imagination des auteurs peut se laisser entraîner lorsqu'ils ne sont pas soutenus par les textes, citons la théorie d'Asverus (*Denuntiation*, p. 33) suivant laquelle les 10 témoins de la *confarreatio* se composeraient de 3 témoins représentant les 3 tribus, plus 5 témoins représentant les 5 classes, plus 1 *antestatus* plus 1 *libripens*.

(3) *R. Rgsch.*, II, p. 370

realio n'auraient eu qu'une fonction de pure forme et leur nombre aurait été déterminé sous l'influence du système décimal dont nous avons signalé l'importance dans les institutions romaines. Mais la plupart des auteurs voient au contraire dans chacun de ces 10 témoins un représentant d'une des fractions organisées de la cité et leur donnent pour fonction de contrôler en même temps que de prouver un acte important de la vie sociale. On discute seulement sur la question de savoir si la fraction représentée la *gens* ou la curie. Cette seconde opinion nous paraît la meilleure (1).

(1) La première a été défendue par Rein (*Neue Jahrbücher für Philologie und Pädagogik*, 1839, p. 67) ; Rossbach, *Römische Ehe*, Stuttgart, 1853, p. 118 (avec quelque réserve) et Marquardt, *Vie privée des Romains*, p. 43, n. 5. Elle est inacceptable car rien ne prouve, comme l'a démontré Mommsen, *Dr. publ.*, VI, 1, 12, que chaque curie comprit 10 *gentes*. Aussi voit-on plus généralement en eux aujourd'hui les représentants des 10 curies d'une tribu. Sic : A. A. Danz, *Lehrbuch*, II^e, p. 15, n. 8 ; Mommsen, *Römische Geschichte*, I^e (1881), p. 65, note ; Girard, *Manuel*⁵, p. 149. M. Kübler, v^o *Curia*, in Pauly-Wissowa, col. 1817, considère l'hypothèse comme vraisemblable. Karlowa, *Die Formen der Römischen Ehe und Manus*, Bonn, 1868, p. 13, ne se prononçait pas. — La doctrine que nous suivons implique que la *confarreatio* date d'une époque où la fusion des 3 tribus n'était pas encore accomplie. Ce n'est pas impossible, car nous savons qu'elle est très ancienne. M. Cuq estime il est vrai (*Inst. Jurid.*, I^e, p. 61, n. 9) que le culte de Jupiter que suppose établi la *confarreatio* est postérieur à cette fusion, mais de bons archéologues admettent au contraire que le culte de Jupiter est plus ancien (Sic : Perdrizet, v^o *Jupiter*, in *Dict. des Ant.*, t. 3, p. 710. Cf. Aust, v^o *Jupiter Farreus*, in Roscher's *Lexicon der griechischen Mythologie*, II, 1892, col. 666) et d'ailleurs, même s'il en était autrement, la *confarreatio* aurait pu exister auparavant, le sacrifice étant offert à une autre divinité. Que l'on voie ou non dans la *confarreatio* un mariage contracté entre personnes de *gentes* différentes (Sic : Cuq, *op. cit.*, p. 61 s.) il ne paraît pas douteux que c'était

D'ailleurs, si les témoins ont commencé par jouer un rôle actif, ils ont sans doute perdu très vite toute utilité. En tout cas, au ^{II}^e siècle de l'ère chrétienne ils ne sont plus qu'un élément formaliste du rituel (1).

2. — *La cretio*.

La *cretio* est la cérémonie par laquelle s'opère l'addition d'hérédité. Lorsqu'un *non suus* est appelé à la succession testamentaire ou *ab intestat*, son entrée en possession des choses héréditaires s'accompagne d'un acte dont nous connaissons assez mal la forme, mais dont l'archaïsme nous est révélé par sa formule même (2). La présence de témoins à cet acte n'est pas démontrée, mais elle est extrêmement probable (3).

un acte d'intérêt public (Sic : Karlowa, *op. cit.*, p. 13). Contra : Speyer, *De oud ræmischen Huwelijksvormen door confarreatio coemptio en usus in Verslagen en mededeelingen der kön. Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde*, IV, 1, Amsterdam, 1897, p. 140 ss. En Grèce l'adhésion des *παρόρες* était requise pour l'introduction de la nouvelle épouse dans la phratricie du mari.

(1) A cette époque d'ailleurs la *confarreatio* n'est plus qu'une survivance.

(2) Le sens du mot *cerno* dans la formule prononcée par l'héritier.

(3) Sic : Girard, *Manuel*⁴, p. 867, n. 6. Contra : Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, t. I, 1902, p. 403. Le texte le plus net est un fragment du Gaius d'Autun (Girard, *Textes*³, p. 339) : *Debet ergo adhibere amicos quibus præsentibus hæc verba dicat...* Cf. Krüger, *Z. Sav. St.*, 24 (1903), p. 388. Les autres textes sont Varron, *L.L.*, VI, 81 (Bruns, *Fontes*⁷, p. 58) et Cic., *ad Att.*, 13, 45. Quant aux actes de *cretio* découverts en Egypte (*N. R. H.*, 1906, pp. 479-80 et 490 ss.) ils portent bien les *signa* de 7 témoins, mais il nous est impossible d'en tirer aucune conclusion, car il serait possible, comme nous le verrons, qu'il s'agit là simplement des *signatores* d'un titre écrit rédigé à propos d'un acte qui ne comporte pas par lui-même la présence nécessaire de témoins.

Si nous jetons maintenant un coup d'œil d'ensemble sur les diverses institutions que nous venons d'examiner sommairement et dans lesquelles la présence des témoins instrumentaires est attestée, nous constaterons que, malgré leur diversité apparente, elles contiennent toutes un élément commun, qui est leur importance sociale, la gravité des conséquences qu'elles peuvent entraîner. Chacun de ces actes réalise en effet le déplacement d'un patrimoine entier (adrogation, testament, mariage *cum manu, cretio*) (1) ou d'une fraction importante du patrimoine (*mancipatio*). Ce déplacement provoque une rupture d'équilibre qui peut être dangereuse dans un Etat encore peu stable sur ses bases, comme l'est la Rome des premiers siècles. Si cette conception est exacte, il n'y aurait pas une différence de nature, mais simplement une différence de degré entre le rôle du peuple qui vote l'adrogation et le testament et celui des témoins qui assistent à la mancipation ou à la *cretio*. Plus ou moins fort, plus ou moins conscient, le contrôle serait à la base de tout témoignage solennel de cette catégorie (2).

(1) Il est à noter que l'addition d'hérédité ne se fait en présence des témoins que lorsque c'est un *extraneus* qui est appelé à la succession. Ce fait vient, semble-t-il, à l'appui de notre hypothèse. En effet, le déplacement de propriété n'existe que dans ce cas. Le *suus heres* appelé à l'hérédité devient simplement titulaire d'un droit de propriété qu'il possédait déjà virtuellement du vivant du *paterfamilias*. On peut faire pour le mariage une observation analogue. Le mariage sans *manus* qui entraîne, au point de vue des droits patrimoniaux, des conséquences infiniment moins graves que l'autre, se fait sans le concours des témoins.

(2) Tous les témoins de cette catégorie sont soumis, par identité

Cette hypothèse nous paraît confirmée dans une certaine mesure par cette constatation, que les témoins n'interviennent pas anciennement dans les contrats. Sans doute le *nexum* comporte la présence de 5 témoins, comme tout acte *per aes et libram*, mais la nature de cet acte est si controversée, si difficile à déterminer en l'état présent des textes qu'il nous paraît impossible d'en tirer un argument (1). Quant aux plus anciens contrats connus, le contrat verbal (2), le contrat *litteris*, il est cer-

de motifs, à l'obligation de déposer, qui les lie envers leur partie. Il est probable que les *superstites* des actes procéduraux étudiés dans le premier chapitre sont soumis à la même obligation, à raison des liens personnels qui les rattachent à leur partie.

(1) Il ne saurait être question de traiter ici le problème du *nexum*. La rareté de nos sources, l'extrême variété des interprétations qui en ont été données interdisent de le traiter en passant. D'autre part, on ne saurait se faire une idée claire de la signification des témoins au *nexum* sans avoir dégagé au préalable la nature de cette opération. Nous dirons seulement, pour prendre position dans ce débat, que nous nous rallions, d'une façon générale, à la théorie de Huschke, suivie par M. Girard (*Manuel*⁴, pp. 478 ss.). Le *nexum* serait un contrat différent de la mancipation, comportant une *damnatio* et sanctionné par la *manus injectio*. Suivant nous, cet acte juridique aurait été originellement une mancipation, dont il garda les formes, et la *damnatio* aurait été prononcée contre l'acquéreur pour le contraindre au versement du prix.

(2) M. Platon, *N. R. H.*, 1909, p. 180, croit pouvoir expliquer cette absence des témoins à la stipulation en partant d'une hypothèse récemment proposée par M. Mitteis, *Die Herkunft der Stipulation* in *Mélanges Bekker*, 1907, p. 107-142) et suivant laquelle la stipulation aurait été à l'origine un acte de cautionnement judiciaire. Il est inutile d'insister sur la fragilité de cette déduction tirée d'une conjecture. D'autre part un recueil de définitions datant du XI^e siècle, le *Liber de verbis legalibus* publié par M. Fitting (*Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 183. Cf. *Ibid.* p. 43) contient cette définition de la stipulation (c. 4, § 81 et 82 : *Stipulatio est solemnis interrogatio cum congruenti responsione ; solemnis dicebatur anti-*

tain qu'ils ne comportaient pas la présence nécessaire de témoins. Cette exclusion du témoignage dans les contrats ne s'expliquerait-elle pas par cette idée, qu'à l'origine le droit conventionnel intéresse la collectivité à un moindre degré que le statut des individus ou la consistance des patrimoines ?

quitus quia testibus adhibitis ad minus inter duos fiebat. Dans le compte-rendu qu'il a donné de cet ouvrage *Z. f. Rg.*, 13, 1878, pp. 118 ss., Bruns faisait déjà remarquer qu'il est impossible de tirer d'une source aussi impure la preuve de la nécessité juridique des témoins à la stipulation. Nous croyons bien plutôt y trouver avec Ihering (*Jahrbuch für Dogmatik*, I, p. 276 = *Gesammte Aufsätze*, I, p. 125), la manifestation d'un phénomène sur lequel nous aurons l'occasion de revenir : l'absorption du rite oral dans l'acte écrit. Les témoins qui interviennent à la stipulation écrite sont les témoins du titre écrit qui la constate et non les prétendus témoins de la stipulation.

CHAPITRE III

ACTES DE VIOLENCE.

Les trois actes que nous groupons ici sont des actes de violence privée ou publique. Ils sont tous fort anciens et les témoins y jouent un rôle à peu près analogue, assez différent de celui que nous leur avons reconnu dans les deux sections précédentes.

I. — *Indictio belli*.

Un premier cas, sans doute très ancien, mais fort mal connu, est la déclaration de guerre (*indictio belli*). Tite-Live nous apprend que cet acte comportait la présence de témoins. Le fétial se rendait à la frontière ennemie et là, après avoir accompli divers rites, prononçait la formule consacrée en présence de 3 témoins pubères (1). Il ne nous est rien dit de plus sur ces témoins. On a conjecturé qu'ils représentaient chacun une tribu. Comme le remarque Danz (2), la formule « *ego, Populusque Romanus* » prononcée par le fétial donne quelque appui à cette hypothèse vraisemblable.

(1) I, 32, 12 : *non minus tribus puberibus præsentibus*.

(2) *Lehrbuch*, II^a, 15, n. 7.

II. — *Perquisitio lance licioque*.

La procédure dirigée contre l'individu que l'on soupçonne de vol porte des traces évidentes d'archaïsme (1). Elle comporte, entre autres éléments, la présence de témoins (2). Ces témoins existent aussi dans la procédure atténuée connue dès les XII Tables sous le nom de *furtum conceptum* et seront maintenus dans l'action préto-rienne du même nom. Malheureusement, ici encore, les informations précises nous manquent. Au temps classique le prêteur exigera qu'ils soient « plusieurs », c'est à-dire au moins deux, suivant Ulpien (3). Dans une scène du *Pænulus* de Plaute, ils sont très nombreux (4). Il est permis de conjecturer qu'ils ont pour mission de surveiller, de régulariser l'acte juridique qui, exécuté sans

(1) Pour Ihering, *Esprit*, II, p. 154, n. 213, la nudité du volé prouverait l'origine aryenne de l'institution.

(2) Gaius, III, 186 ss. Théophile, *Paraphr. ad Institut.*, III, 1, 4, mentionne la présence des témoins. Cf. Festus, v° *Lance et licio*. Macrobe, *Saturn.*, I, 6. V. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, 1886, p. 238. Sur le fondement magique de la *perquisitio lance licioque*, V. Huvelin, *Magie et droit individuel*, in *Année sociologique*, X, 1907, pp. 16 à 20. Pour l'étude de l'institution en droit comparé, le même et Bernhöft, *Staat und Recht der römisch. Königzeit*, 1882, p. 247 s.

(3) Le fragment suivant d'Ulpien, inséré au *Digeste*, 22, 5, 12 : *Ubi numerus testium non adicitur etiam duo sufficient ; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*, est tiré du livre 37 de son commentaire sur l'Edit. Or, dans ce livre Ulpien traitait du *furtum*. Lenel, 1053. Cf. Lenel, *Edictum* ³, p. 313, n. 1.

(4) *Pænulus*, acte III, scène 1 et ss.

les formes compliquées exigées par la loi, serait un acte de violence illégale (1).

III. — *In jus vocatio*.

Nous sommes un peu mieux renseignés sur le témoignage dans l'*in jus vocatio*. La prise à témoin, on le sait, n'est pas de l'essence de l'institution ; elle n'est qu'un incident de la procédure et ne se produit que si le *vocatus* refuse d'aller devant le préteur. C'est alors seulement que le demandeur prenait un des assistants à témoin de ce refus, avant de vaincre par la force la résistance de son adversaire (2).

La prise à témoin de l'*in jus vocatio* présente des particularités assez remarquables (3). Elle porte le nom d'*antestatio*. Le plaignant choisit un individu dans la foule, et, s'approchant de lui, lui demande : « *Licet antestari ?* ». L'interpellé répond « *Licet* » ou « *Non licet* ». Dans la première hypothèse le demandeur lui tire l'oreille et peut ensuite contraindre par la force son adversaire à le suivre devant le préteur. S'il lui est répondu « *Non licet* » le demandeur devra se procurer un autre témoin.

(1) D'après Gaius, *libro 7 ad edictum provinciale*, D., 9, 2, 4, 1 ; Lenel, 184, la loi des XII Tables ne permettait de tuer le voleur nocturne ou le voleur pris en flagrant délit que si *cum clamare testificetur*. On peut rapprocher ces textes de la clameur de haro, institution normande et germanique. Cf. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, II, 1904, p. 1244.

(2) XII Tables, 1, 1 : *Si in jus vocat ito, in it, antestamino : igitur em capito*.

(3) Horat., *Satir.*, I, 9, 75.

Cette procédure de l'*antestatio* appelle un certain nombre d'observations.

1. La fonction de la prise à témoin est ici extrêmement claire ; elle a pour objet de régulariser, de rendre légitime l'emploi de la force privée. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'ici encore le témoignage est un contrôle de la collectivité. La violence est en principe exclue des rapports entre particuliers. Elle n'est permise qu'en cas de refus du défendeur : encore faut-il que ce refus soit officiellement constaté. C'est à quoi sert l'*antestatio* (1).

2. Les paroles échangées entre le demandeur et l'*antestatus* semblent bien être des formules solennelles (2). Mais quelle est leur signification précise ? Le mot *licet* a-t-il pour objet de demander au témoin son consentement ou simplement de rechercher si aucun obstacle de nature juridique ne s'oppose à ce que l'individu choisi soit pris pour témoin (3) ? La question est douteuse,

(1) Cela est si vrai que le poursuivant qui se saisit du *vocatus* sans avoir procédé à l'*antestatio* commet le délit d'*injuria* et peut être poursuivi de ce chef. Pseudo-Acro, in *Horat.*, *Sat.*, I, 9, 76 : *Quod si antestatus non esset et manum injecisset, injuriarum reus constitui poterat.*

(2) Cela paraît résulter de l'unanimité avec laquelle les textes nous rapportent la formule. *Horat.*, *Sat.*, I, 9, 75, Pseudo-Acro et Porphyrio ad *L. l. Plaute, Curculio*, III, 15 s. V, 2, 20 ; *Persa*, IV, 9, 8 ; *Pænul.*, V, 4, 59. Danz, *Sacrale Schultz*, p. 40, n. 11, rapproche le *Licet antestari* ? de la *sumtio pauspiciorum* du droit sacré, opération qui devait précéder la *testatio deorum*. Ce rapprochement nous paraît bien hasardeux.

(3) Il semble, d'après Plaute, *Curc.*, V, 2, 25, que l'*antestatus* dût être un homme libre. Peut-être fallait-il aussi qu'il fût pubère, si la proposition d'Ælius Gallus citée p. 8, n. 3 se rapporte à l'*antestatio* de l'*in jus vocatio*. Il semble aussi que le *vocatus* pouvait, s'il le voulait, jouer le rôle d'*antestatus* (*Curc.*, V, 2, 20). On peut rapprocher cette situation de celles où le débiteur est son propre *præ*s.

mais il paraît probable que l'interpellé n'était jamais forcé de prêter son concours (1). Nous nous trouvons donc ici en présence d'une sorte de contrat entre le demandeur et le témoin.

3. Quant à la coutume de l'oreille tirée, elle n'est pas pour nous autre chose que le mode de conclusion de ce contrat. C'est un rite analogue à la paumée franke, un baiser de paix, etc. (2). La force obligatoire du lien contractuel vient dans tous ces cas de l'association créée par le contact matériel. Il est d'autant plus intéressant d'en trouver ici une trace, que c'est presque le seul contrat de cette nature qui nous soit connu chez les Romains (3).

(1) Orelli, sur Horace ³, t. III, p. 163, estime que les mots *ego vero* d'Horace (*loc. cit.*) indiquent que le poète a donné son témoignage bénévolement.

(2) De cette coutume, nous avons des exemples concrets dans les passages cités de Plaute et d'Horace. Elle est mentionnée par Pline qui hasarde une explication (*Hist. nat.*, XI, 251) : *Est in aure ima memoriæ locus quem tangentes antestamur*, et par les commentateurs d'Horace, Porphyrio et Pseudo-Acro, *ad h. loc.* Cf. Virgil., *Ecl.*, VI, 4. Cf. E. Le Blant, *Mél. Ecole de Rome*, III, 1883, p. 36. On retrouve cette époque franque, dans les lois Barbares, et principalement chez les Bavares. On trouvera de nombreuses références dans Du Cange, *v° Auriculum*, I, 870, et surtout dans Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* ⁴, I, 200. Cf. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 392.

(3) La *dextrarum junctio*, l'*osculum* sont évidemment des actes de même nature, mais ne semblent pas avoir eu une portée juridique aussi définie. Quant au domaine d'application de notre rite, il accompagne aussi l'*antestatio* de la mancipation (Clém. Alex., *Strom.*, V, 8), mais nous ne pouvons pas préciser davantage. Pseudo-Acro (*ad Horat. Sat.*, I, 9, 76) nous apprend que l'*antestatio* était aussi pratiquée dans la *litis denuntiatio*. *Denuntiantes litem antestatos habebant quibus præsentibus conveniebant, ita ut aurem illis tertio vellerent. Sic Servius magister [exposuit]*. Mais on ne saurait, croyons-nous, ajouter foi à ce texte unique.

On le voit, les témoins des trois actes que nous venons d'examiner remplissent une fonction analogue. Il s'agit pour eux de donner l'adhésion de la cité à un acte de violence que la société tolère, mais qu'elle entoure de formes minutieuses. L'observation des formes fait de cette violence une violence légale, par là même moins dangereuse pour la paix publique (1).

De cette étude du témoignage dans toutes les hypothèses que nous présente le très ancien droit romain, il nous paraît se dégager quelques résultats.

Il serait, croyons-nous, chimérique de chercher à rendre compte dans une formule unique, des différentes modalités que présente le témoignage à cette époque. Au contraire il nous a paru possible de constituer deux types de témoignage instrumentaire qui diffèrent par leur forme par leur fonction et par leur champ d'application.

Les témoins du premier groupe (*rei vindicatio*, *lilis contestatio*, *deductio quæ moribus fit*) sont très mal connus. On ne sait rien de leur nombre, des conditions de capacité requises d'eux. Ils semblent tirer leur origine de l'antique solidarité du groupe familial. Ils ont très probablement pour rôle de soutenir de leur appui physique ou moral la partie qui fait appel à leur concours. Il

(1) En droit celtique « la présence des témoins était nécessaire pour établir la distinction entre le meurtre patent commis par le duelliste, acte légitime, et le meurtre dissimulé, qui était considéré comme une mauvaise action ». D'Arbois de Jubainville, *Cours de Littérature celtique*, t. VII, p. 65.

est à remarquer qu'ils n'interviennent que dans certains actes de la plus ancienne procédure.

Tout autres sont les témoins du second type : leur nombre est généralement fixe ; certaines conditions de capacité sont exigées d'eux ; loin d'agir dans un intérêt exclusivement privé, ils exercent au nom de la société un contrôle plus ou moins réel sur l'acte juridique à la passation duquel ils assistent. Enfin on les rencontre dans les actes juridiques les plus variés.

La différence est profonde, on le voit. C'est pourquoi nous croyons qu'une théorie du témoignage instrumentaire peut négliger les témoins de la première espèce, les *superstites*, qui, à l'époque historique, ne semblent pas jouer de rôle utile. Esquissons cette théorie sans chercher à combler les lacunes considérables de notre tradition.

Quant à la forme dans laquelle s'exerçait le témoignage, nos informations sont trop incomplètes pour nous permettre d'aboutir sur ce point à des formules générales. Le nombre des témoins paraît avoir été déterminé et un minimum fixé pour chaque institution, mais ce nombre était extrêmement variable. Il peut se réduire à un seul (*antestatio*), 3 (*indictio belli*), être 5 (actes *per æs et libram*), 10 (*confarreatio*) ou comprendre l'universalité du peuple (testament *calatis comitiis*). Quant aux conditions de capacité exigées des témoins, il nous est dit, pour les actes les plus importants (opérations *per æs et libram*), que les témoins devaient être mâles, pubères,

citoyens. Sans doute devaient-ils être aussi recrutés dans une autre *domus* que celle des parties. Nous ne sommes pas autorisés à généraliser les solutions. Enfin, sur la façon dont se rendait le témoignage, nous ne possédons aucune information directe.

Il est heureusement possible d'arriver à des résultats un peu plus satisfaisants en ce qui concerne la fonction du témoignage instrumentaire primitif. Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées le témoignage nous est apparu comme un instrument de contrôle exercé par la collectivité. Ce contrôle est plus ou moins rigoureux suivant l'importance de l'acte. Si ce dernier est jugé très grave, le contrôle est souverain : dans l'adrogation et le testament *calatis comitiis* le peuple témoin est juridiquement le seul auteur de l'acte. Dans la *confarreatio* chaque curie est invitée à accepter ou à refuser, par l'entremise de l'un de ses délégués, le nouveau mariage. L'activité des témoins au mariage paraît d'ailleurs prendre fin de très bonne heure. Les témoins des actes *per æs et libram*, pour n'être pas des représentants attitrés d'une fraction de la cité, n'en sont pas moins des organes de la collectivité. Leur adhésion est requise pour la validité des transferts de propriété. Dans la *cretio*, l'*in jus vocatio*, la *perquisitio lance licioque*, la présence obligatoire de témoins constitue un contrôle plus ou moins atténué, mais réel.

Le contrôle exercé par le témoignage est donc plus ou moins efficace suivant les institutions et sans doute aussi

suivant les époques. Il est permis de supposer en effet que les témoins à l'acte *per æs et libram* ont joué un rôle plus actif à mesure que l'on remonte dans le passé. On peut néanmoins considérer le témoignage comme une forme de contrôle fruste et inorganisée. Elle s'oppose ainsi au contrôle opéré par les représentants attitrés de l'Etat, les magistrats. A la vérité l'Etat Romain n'a pas su organiser, jusqu'à une époque récente, le contrôle officiel sur les actes privés et c'est pourquoi, nous le verrons, cette forme rudimentaire de contrôle qu'est le témoignage prit, à l'époque classique, une si large extension.

Durant la période que nous avons étudiée, le contrôle est surtout défensif ; il ne porte que sur les actes que la collectivité juge graves ou dangereux : actes de transfert de propriété, actes de violence. Tout le vaste domaine du droit conventionnel lui échappe. Les obligations sont d'intérêt purement privé, la collectivité n'y intervient pas. Pourtant, à côté de cette fonction prohibitive du plus ancien témoignage instrumentaire romain, apparaît déjà, dès cette époque, sa valeur conservatoire et probatoire qui devait, par la suite, occuper le premier plan. Les témoins instrumentaires se trouvent, en effet, engagés, vis-à-vis de leur partie, à venir au procès établir la réalité et la régularité de l'opération si une contestation s'élève à son sujet. Mais ce n'est là, durant notre période, qu'une première apparition timide de l'idée de preuve.

DEUXIÈME PARTIE

LA PÉRIODE CLASSIQUE

Les conclusions de la partie précédente nous ont montré dans le témoignage instrumentaire une institution assez vigoureuse, assez nettement caractérisée, mais liée à des conditions économiques et politiques très précaires. Ces conditions s'étant modifiées, il semblerait que le témoignage dût disparaître en même temps. Il n'en a rien été. C'est peut-être pendant la période classique que le témoignage instrumentaire est à Rome le plus vivace ; en tout cas, c'est à ce moment que son champ d'application est le plus étendu.

Dans cette seconde partie, pas plus que dans la précédente, nous ne nous astreindrons à suivre un ordre rigoureusement chronologique. Pour les besoins de l'exposition, et sans nous dissimuler ce qu'une telle classification a d'arbitraire, nous diviserons l'étude de cette période en deux chapitres. Dans le premier, nous étudierons les applications nouvelles du témoignage instrumentaire oral. Le témoignage écrit fera l'objet de notre second chapitre.

CHAPITRE PREMIER

LE TÉMOIGNAGE ORAL.

Nous ne reviendrons pas sur les institutions étudiées dans notre première partie. Nous avons déjà indiqué que les unes disparaissaient rapidement, tandis que les autres ne conservaient le témoignage qu'à titre d'élément purement formel et que dans une troisième catégorie il demeurerait vivant, mais grâce à une véritable transformation interne. Nous ne nous occuperons ici que des hypothèses nouvelles de témoignage instrumentaire que nous présente le droit classique, c'est-à-dire des différentes *testationes* orales, et du testament *per æs et libram*.

SECTION I. — Les *testationes* et *denuntiationes* (1).

I. — Au premier rang des applications du témoignage instrumentaire à l'époque classique, il nous faut signaler et étudier un groupe d'actes juridiques d'une espèce particulière qui portent souvent dans nos sources le nom de

(1) Cf. sur tout ce chapitre, Th. Kipp, *Die Litisdemuntiation als Prozesseinleitungsform im Römischen Civilprozess*, Leipzig, 1887, II^{es} Kapitel.

testationes. Mais ce nom prête à équivoque. Le mot *testatio* comporte en effet dans la langue juridique des sens très divers (1). Tantôt il désigne tout titre écrit muni de cachets de témoins (2) (en allemand *Zeugenurkunde*), et tantôt des actes juridiques oraux d'une certaine espèce. Encore dans cette dernière acception du mot, la seule qui nous intéresse à cette place, doit-on distinguer un sens large et un sens étroit. Le sens large comprend toute déclaration faite devant témoins en vue d'obtenir un résultat juridique. Au contraire la *testatio* (*stricto sensu*) se caractérise en ce qu'elle est une simple déclara-

(1) Cf. Barn. Brissonus, *De Verborum quæ ad jus civile pertinent significatione*, Magdebourg, 1743 ; Dirksen, *Manuale latinistis fontium juris civilis romanarum*, Berlin, 1837 et Heumann-Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts* ⁹, Iéna, 1907, aux mots *testari*, *testatio*, *testato*, et à leurs composés. — Cf. Kipp, *op. cit.*, pp. 59 ss.

(2) Dans cette acception *testatio* s'oppose à *chirographum*. Nous aurons l'occasion plus loin de revenir sur ce point (Cf. *infra*, p. 165). En revanche, nous ne croyons pas devoir attribuer au mot *testatio* le sens de déclaration de témoin. Le seul texte qui paraisse donner nettement à ce terme la signification de témoignage est un fragment de Modestin, *l. 8 regularum*, Lenel, 246 (*D.*, 22, 5, 2) dont l'interprétation est obscure. Les autres textes allégués font allusion, les uns sûrement (*D.*, 3, 2, 21 ; Paul, *l. 2 responsorum*, Lenel, 1450), les autres probablement (*D.*, 48, 3, 14, 5, *Herennius Modestinus l. 4 de pœnis*, Lenel, 168 ; *D.*, 6, 1, 27 pr., Paul, 1. 21 *ad edict.*, Lenel, 330 ; *C.*, 3, 28, 23 ; 4, 20, 4) à des titres écrits. Ils sont appelés *testationes* à raison de leur forme et non de leur contenu. Sans doute, ils contiennent une déclaration de témoin, mais dans la terminologie romaine, on ne les distingue pas des autres titres écrits de contenu quelconque, tels que, par exemple, les premières quittances de Pompéi. Tous ces actes sont indifféremment qualifiés de *testationes*. Le mot *testatio* paraît avoir conservé longtemps sa valeur technique. Au contraire, ses composés, *contestatio*, *attestatio*, *detestatio* sont rapidement tombés dans le langage courant et ont perdu leur sens juridique (Cf. Kipp, pp. 64 ss.).

tion formaliste. Par là, elle se distingue de la *denuntiatio* qui est toujours, en principe, adressée à un adversaire (1). L'étude de ces deux sortes d'actes juridiques nous intéresse en ce qu'elles comportent toutes deux la présence de témoins. Nous n'avons pas à les étudier pour elles-mêmes. Pourtant il est indispensable de rappeler brièvement les résultats auxquels la science romanistique est parvenue en ce qui les concerne. C'est seulement quand nous connaissons leur nature juridique que nous pourrions utilement aborder l'examen des délicates questions que soulève l'étude de leur forme.

Nous examinerons successivement les deux catégories de *testationes* (2) que nous avons distinguées, la *testatio* au sens étroit et la *denuntiatio*.

La *testatio* (*stricto sensu*) est, avant tout, un acte conservatoire. Elle a pour objet de fixer, en vue d'obtenir un

(1) La *denuntiatio* (*ad*) *domum* n'est qu'une exception apparente à ce principe. Cf. Kipp, *op. cit.*, p. 49-59.

(2) Nous laisserons de côté les *testationes* qui n'ont pas un caractère privé c'est-à-dire d'une part les *testationes* qui (surtout en matière criminelle) sont faites auprès des magistrats, et d'autre part la *denuntiatio ex auctoritate* (Kipp, *op. cit.*, p. 49). L'état de nos sources ne nous permet de faire sur leur forme aucune hypothèse fondée. En revanche la *litis denuntiatio* entre dans notre champ d'étude jusqu'à Constantin. On ignore à la vérité combien de temps ce mode introductif d'instance a fonctionné jusqu'à cette date et quelles étaient ses formes. Tout porte à croire que c'était un acte privé consistant soit dans une déclaration orale faite en présence de témoins, soit dans l'expédition d'un écrit revêtu d'un certain nombre de cachets. *C. Th.*, 2, 4, 2 (a. 322). *Denuntiari vel apud provinciarum rectores vel apud eos quibus actorum conficiendorum jus est decernimus, ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absenteum aut eorum qui nusquam gentium sint scripta nominibus falsam fidem rebus non gestis adfigat.*

effet juridique, une situation près de se modifier ou susceptible d'interprétations diverses. Elle est, pourrait-on dire, une constatation juridique (1).

Par là elle se distingue de la *denuntiatio* (2) qui est, par définition, adressée à une personne déterminée. La *denuntiatio* privée, qui seule nous intéresse ici, consiste essentiellement en un avertissement. On peut assez facilement répartir les diverses hypothèses de *denuntiatio* en deux groupes, les significations et les sommations (3).

(1) Quelques exemples illustreront cette définition. Au fragment 5, 7, *D.*, 39, 1 (Ulp., l. 52 *ad ed.*, Lenel, 1265) il s'agit d'un individu qui veut faire une *nuntiatio novi operis* à un préteur, pris, non pas en tant que magistrat, mais comme propriétaire voisin. Cet individu ne pourra faire sa *nuntiatio* au préteur qu'à la sortie de charge de ce dernier ; s'il veut conserver ses droits, il devra immédiatement procéder à une *testatio*. Dans l'hypothèse visée par la loi 8, *D.*, 47, 7 (Paul, l. 8 *responsorum*, Lenel, 1590), le maître d'une jeune esclave lui refuse des aliments. Celle-ci fait rédiger une *testatio* constatant ce refus. Ailleurs (*D.*, 18, 3, 8, Scævola, l. 7 *digestorum*, Lenel, 28), c'est l'absence du vendeur que l'acheteur, prêt à payer, fait constater par *testatio*. L'hypothèse rapportée par Ulpien (*D.*, 11, 7, 14, 7, Ulp., l. 25 *ad ed.*, Lenel, 752) est assez intéressante. Il s'agit d'un individu qui a fait ensevelir un mort. On se demande s'il doit supporter les frais de sépulture ; il est répondu que cela dépend de son intention. S'il a agi par affection pour le défunt, il supportera la dépense ; mais si au contraire son acte n'a d'autre mobile qu'un sentiment général et vague d'humanité et que le désir de ne pas laisser un cadavre sans sépulture, on estime qu'il a géré l'affaire de l'héritier et qu'il doit être remboursé. Mais une recherche d'intention est toujours délicate. On conseille de procéder dans les cas semblables à une *testatio* par laquelle cette intention soit clairement manifestée.

(2) Le mérite de cette distinction, qui n'avait pas été aperçue par Asverus, *Die Denunciatio der Römer*, 1843, ni par Voigt, *XII Tafeln*, 1883, I, p. 190, revient à M. Kipp (*op. cit.*, p. 68 ss.).

(3) Nous donnerons deux exemples de chacun d'eux. Le sénatus-consulte Plancien imposait à la femme divorcée qui se reconnaît en-

En dépit de ces différences qui portent sur leur champ d'application, la *testatio* (*stricto sensu*) et la *denuntiatio* présentent des ressemblances fondamentales. Elles sont toutes deux des actes extra-judiciaires qui ont pour objet de donner à une déclaration son maximum d'effet juridique. Ces effets pourront être variés. Ils pourront même ne pas se produire ; il n'en est pas moins vrai que le choix d'un pareil moyen indique chez son auteur l'intention de donner à sa volonté la plus grande efficacité (1).

ceinte l'obligation d'avertir son mari, par voie de *denuntiatio*, dans les 30 jours (*D.*, 23, 3, 1 ; *Ulp.*, *l. 34 ad ed.*, Lenel, 981). La signification au tuteur de l'ouverture de la tutelle peut se faire aussi, nous dit Ulpien (*D.*, 26, 7, 5, 10 ; *Ulp. l. 35 ad ed.*, Lenel, 1002) sous la forme d'une *testato conventio*, c'est à-dire d'une *denuntiatio*. La *nuntiatio novi operis* est encore un cas particulièrement net de *denuntiationes* de ce premier type. Quant aux sommations effectuées par ce moyen elles paraissent avoir été d'un usage fréquent dans la pratique. Au fragment 32, 14, *D.*, 4, 8 (Paul, *l. 13 ad ed.*, Lenel, 251), il s'agit d'un arbitre qui a manifesté sa partialité contre une partie. Celle-ci lui interdit de prononcer sa sentence. Ailleurs les créanciers font sommation à un tiers de ne pas acheter les biens de leur débiteur sous peine de devenir *particeps fraudis* (*D.*, 42, 8, 10, 3 ; *Ulp.*, *l. 73 ad ed.*, Lenel, 1641). On pourrait aisément multiplier ces exemples ; on trouvera au *Vocabularium Jur. Rom.*, *vis Denuntiatio Denuntio*, une liste des hypothèses qui nous sont connues par le Digeste.

(1) Les romanistes semblent avoir quelque peu négligé la *testatio* au sens strict pour faire porter sur la *denuntiatio* tout leur effort de systématisation. La plupart trouvent comme nous-même sa caractéristique dans l'idée de but juridique à atteindre. Cf. Asverus, *Die Denuntiation der Römer*, 1843, p. 94. « Sämmtliche Denuntiationen haben den Zweck ein Rechtsverhältniss zwischen Zweien auch wohl Mehren juristisch festzustellen. » Pour Kipp, *op. cit.*, p. 48, les *denuntiationes* sont « einseitige Ankündigungen beliebigen, imperativen oder enuntiativen Inhalts an einen Gegner in Verfolgung juristischer Zwecke ». V. encore la définition plus longue mais plus précise donnée par M. Ed.

En raison de ces ressemblances, nous emploierons désormais le mot *testatio* dans le sens large qui désigne toute déclaration faite oralement devant témoins en vue d'obtenir un résultat juridique. Il nous faut maintenant rechercher quelles étaient ses conditions de forme.

II. — Que les témoins interviennent normalement à la *testatio*, c'est ce qu'indique son nom même, mais il est important pour notre sujet de savoir si ces témoins sont un élément substantiel de l'acte ou si au contraire leur

Grupe, in *Vocab. Jurisp. Rom.*, v° *Denuntio*, II, 1 (1906), col. 171. *D : certiorum facere aliquem de re ad jus pertinente, ut alter moneatur et sciat sibi ad damnum evitandum aut jus suum servandum aliquid faciendum aut omittendum esse : alioquin ipsum sibi imputare debere, si quid patiat, aut ei qui denuntiarit jus quæsitum iri vel actionem nascituram esse.* En dépit de ces formules, il ne semble pas que les romanistes considèrent la *denuntiatio* (dont nous ne séparons pas la *testatio*) comme une institution juridique véritable. Ce serait une coutume à la frontière du droit. Nous reconnaitrons volontiers avec ces auteurs que la théorie de la *testatio* est restée à Rome assez indécise. L'élaboration juridique ne s'étant jamais exercée sur elle, elle n'a pas acquis cette netteté de contours qui caractérise la plupart des institutions juridiques romaines. Il n'en est pas moins certain que la *testatio* est une véritable institution : la preuve en est dans les effets spéciaux qui lui sont attachés. En voici quelques exemples. Au fr. 5, 7, *cit.*, *D.*, 39, 1, c'est par la *testatio* et par elle seule que la *nuntiatio novi operis* acquiert un effet rétroactif. Au fr. 3, pr., *D.*, 25, 7, Marcien (*l. 12 institutionum*, Lenel, 148) nous apprend que l'on ne peut vivre en état de concubinage avec une femme ingénue et de bonnes mœurs qu'à la condition d'en faire une *testatio*. V. encore un exemple concret dans le contrat de vente d'Antioche, Girard, *Textes* ³, p. 809. Cf. Schulten, *Hermes*, 32 (1897), p. 283. On pourrait facilement allonger cette liste, mais il est juste d'ajouter que dans bien des cas la *testatio* n'aura pas d'autre effet que tout autre moyen de faire connaître sa volonté, *D.*, 9, 2, 28, 1 (Paul, *l. 10 ad Sabin.*, Lenel, 1807); 15, 4, 1, 1 (Ulpien, *l. 29 ad ed.*, Lenel, 864) et surtout 26, 7, 5, 10, *cit.*

intervention n'est qu'un usage et non une nécessité juridique.

Cette dernière opinion a été défendue par M. Kipp. Pour cet auteur (1) le caractère facultatif de la présence des témoins résulterait d'un certain nombre de textes qui nous montrent des *testationes* s'accomplissant sans témoins. Il ne nous semble pas que ces textes aient la portée que leur attribue cet auteur. Nous allons les examiner à notre tour.

Le premier cité est une inscription bien connue relative au Collège funéraire d'Alburnus major, de l'an 167 après Jésus-Christ (2). Il y est dit que trois fonctionnaires du Collège, le *magister* et deux questeurs, font une *testatio* publique. Il n'y est pas, en effet, question de témoins (3). Mais ce qui nous paraît enlever à l'argument toute sa portée, c'est que précisément il s'agit ici d'une *testatio* publique et non d'une *testatio* privée. Qu'est-ce que cette *testatio* publique ? On ne le sait pas d'une façon certaine. Consistait-elle dans une déclaration orale faite devant le magistrat ou dans le dépôt d'un titre chez un tabellion ? En tout cas elle appartient à un

(1) Kipp, *op. cit.*, pp. 62 ss. Cf. Id. v° *Denuntiatio*, in Pauly-Wissowa (1903).

(2) *C. I. L.*, III, 2, p. 924. Bruns, *Fontes*¹, p. 393. Ce n'est pas l'original, mais une copie.

(3) Les 7 noms de témoins qui figurent sur l'inscription sont simplement, comme l'avait déjà aperçu Huschke (*Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, XII, 1844, p. 192 ss.), destinés à contrôler l'exactitude de la copie (cf. *infra*, p. 171). Rien ne permet d'affirmer qu'ils aient assisté à la déclaration.

type d'actes nettement différent des *testationes* privées qui font l'objet de cette étude.

Nous en dirions de même des *testationes* du Code Théodosien citées par M. Kipp (1), s'il n'était pas plus naturel de les considérer comme de simples titres écrits. Quant aux autres textes allégués, il est impossible de prouver qu'ils excluent la présence de témoins. M. Kipp se borne à en douter (2). Mais, en dehors d'un abus de mots toujours possible, ce doute nous paraît gratuit, en présence

(1) *C. Th.*, 14, 13, 2 (a. 366) : *Nautici apud curatorum vel magistratum acta fideantur incorruptas se species suscepisse, eorumque apud quos deponitur ista testatio, præsens aspectus probet nihil in his esse vitii.* — *C. Th.*, 14, 3, 3, pr. (a. 364) : *Prædia rustica vel urbana quæ possident privato jure pistores nec senatorem nec officialem comparere permittimus, contractu parî cum aliis non interdicto ; quippe mercantes ad venditoris officium vocabantur super hac emptione apud præfectum annonæ testatione deposita.*

(2) M. Kipp croit trouver une preuve de l'inutilité du témoignage dans la *testatio*, dans le fragment 20, *D.*, 33,5 Aufidius, ap. Labeonem, l. 1 posteriorum a Javoleno epitomarum, Lenel : Aufidius, 1. Il s'agit d'un legs exprimé de la façon suivante : *Vestimenta quæ volet triclinaria sumito sibi que habeto. Si is (le légataire) dixisset quæ vellet, deinde, antequam ea sumerit alia se velle dixisset, mutata voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne jus legati prima testatione qua sumere se dixisset consumpsit* . . Il y aurait dans ce texte équivalence entre *testari* et *dicere*. Mais cette interprétation est arbitraire, car il n'est nullement prouvé que dans l'hypothèse de fait sur laquelle raisonnait Aufidius, la déclaration du légataire n'avait pas eu lieu en présence de témoins. Le mot *dicere* peut être employé elliptiquement pour *testato dicere*. De même au fr. 1, 14, *D.*, 25, 3, Julien emploie le mot *negare* pour désigner un acte dont nous savons à n'en pouvoir douter (*D.*, h. t., 1, 2) que c'est une *denuntiatio*. Il est au moins aussi arbitraire de donner à *testatio* le sens de déclaration dénuée de formes dans les fragments suivants (16 *D.*, 14, 6. Paul, l. 4 resp. Lenel, 1473, Fr. Vat., § 95. Paul, l. 7 resp. Lenel, 1502).

du nombre considérable de textes où la *testatio* comporte certainement la présence de témoins.

La question est plus délicate pour cette espèce particulière de *testationes* qui porte le nom de *denuntiationes*. Ici encore M. Kipp (1) soutient que si les témoins interviennent généralement, c'est à titre facultatif et pour le prouver allègue après Mommsen (2) un certain nombre de textes. Nous estimons au contraire que toute *denuntiatio* privée, adressée de particulier à particulier, comporte la présence de témoins. Que la *denuntiatio* s'effectue normalement devant témoins, c'est ce qui n'est contesté par personne. Mais le caractère obligatoire de leur intervention est au contraire fortement controversé. Mommsen croit trouver la preuve de son opinion dans des expressions telles que *testando denuntiare*, *denuntiatio cum testatione* qui seraient, suivant lui, pléonastiques, et partant inexplicables, si la *denuntiatio*, à elle seule, évoquait l'idée du témoignage.

A la vérité, ces textes ne nous paraissent pas avoir la portée qu'on leur attribue. Nous pouvons, dès l'abord, écarter de la discussion les deux fragments du Digeste qui, au titre *De Verborum Significatione* (50,16), définissent la *detestatio*. Il s'agit ici de ces définitions étymologiques comme les aimaient les Romains. Définissant donc la *detestatio* au double point de vue juridique et linguistique,

(1) Kipp, *op. cit.*, p. 69.

(2) Rezension du livre d'Asverus in *Neue Kritische Jahrbücher für Rechtswissenschaft*, 1843, p. 863. *Gesammelte Schriften*, t. III (*Juristische Schriften*, t. III, p. 320).

Ulpien (1) (fr. 40, pr.) et Gaius (238,1) (2) ne pouvaient pas ne pas introduire le mot *testatio* (3).

On cite encore les deux lois D., 43, 24, 1, 7 et D., 18,6, 1,3. Dans la première (4) Ulpien définit la *vis* par des exemples et dit qu'il y a *vis* à outrepasser *testationem denuntiationemque*. Mais rien n'indique qu'il s'agisse ici d'un seul et même acte (5). Il se peut fort bien (et c'est l'interprétation la plus naturelle du texte) que le jurisconsulte vise ici deux actes distincts, l'avertissement écrit (*testatio*) et la *denuntiatio* orale. Rien n'est plus légitime que de donner ici au mot *que* le sens de *aut*. L'autre texte est plus embarrassant (6). Il est du même Ulpien et a trait à une vente de vin. Un tonneau (*dolium*) a été acheté, et un terme stipulé, avant l'échéance duquel l'acheteur doit procéder à la mesure du vin qu'il contient,

(1) Ulp., l. 56 *ad ed.* Lenel, 1308 : *Detestatio est denuntiatio facta cum testatione*.

(2) Gaius, l. 6 *ad legem XII Tabularum*, Lenel, 243. *Detestatum est testatione denuntiatum*. Il s'agit ici d'une *denuntiatio* adressée à un absent au sujet de la vente des *prædia* qu'il détient. La *detestatio sacrorum* est ici tout à fait hors de cause. Il est possible toutefois qu'au passage des 12 Tables où Gaius le rencontre ce mot ait le sens de *detestatio sacrorum* et que le jurisconsulte le comprenne mal. Du reste cette signification à l'absent d'une opération portant sur ses *prædia* est fort obscure (V. Lenel, *Edictum*², titre XXXIII, p. 376 s.). Il est probable que ce n'était pas une *denuntiatio* privée, mais une *denuntiatio ex auctoritate*. S'il en était ainsi, ces deux textes seraient hors de notre sujet.

(3) Cf. cette définition de *condicere* dans Festus (Bruns, *Fontes*, p. 5) : *Condicere est dicendo denuntiare*.

(4) Ulp., l. 71 *ad ed.*, Lenel, 1592.

(5) *Contra*, Kipp, *op. cit.*, pp. 87, 88.

(6) Ulp., l. 28 *ad Sab.*, Lenel, 2717.

faute de quoi il recevra le tonneau vidé de son contenu. Mais le vendeur ne pourra vider le tonneau à l'échéance que s'il a fait au préalable sommation à son acheteur de venir en prendre mesure. Et le jurisconsulte désigne cette sommation par les mots *testando denuntiare*. Il y a là évidemment une expression pléonastique, s'il est vrai que toute *denuntiatio* se faisait par voie de *testatio*. Mais si l'on songe que le même mot *denuntiare* prenait alors, même dans la langue juridique, un sens général et vague, correspondant au français annoncer, faire savoir (1), on comprendra qu'Ulpien ait cru devoir manifester son intention de prendre le mot dans son sens technique en lui adjoignant la précision *testando*.

Par une autre voie encore on pourrait essayer de démontrer que toute *denuntiatio* ne comporte pas de témoins. On citerait certaines *denuntiationes* s'accomplissant en dehors de la présence des témoins. Mais on ne peut en mentionner une seule, où cette absence soit sûre. L'opinion générale voit dans la *nuntiatio novi operis* un acte juridique dénué de formes (2), mais outre que cette opinion n'est pas unanime (3), elle se fonde, non

(1) Paul, *Sent.*, II, 24, 8. — Cf. *D.*, 49,1,23, 3. Papinien, I, 19 *respons*, Lenel, 748.

(2) Cf. A. Wolff, *Zur Lehre von der operis novi nuntiatio*, Dissertat. Göttingen, 1891, p. 8. Cf. Burckhard, *Die operis novi nuntiatio*, dans la continuation des *Pandectes* de Gluck, série des Livres 39 et 40, t. I, livre 39 (1871), pp. 43 s. Cf. Stölzel, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam*. Cassel et Göttingen, 1865, p. 21.

(3) Cujas in *librum III Quæstionum Papiniani*, ad l. 18 de *operis novi nuntiatione*, Ed. de Naples, 1722, t. IV, col. 93, D. *Nam is cui opus no-*

pas sur des textes positifs, mais sur l'absence de textes mentionnant les témoins (1). Cet argument d'ordre négatif n'est pas négligeable, mais il n'est pas décisif. Quant à la *litis denuntiatio*, la constitution de Constantin citée (2) (C. Th., 2, 4, 2) nous prouve au contraire que les témoins y intervenaient normalement. A la vérité, ce n'était plus alors forcément un acte oral (3), mais il est probable qu'elle avait été orale au début et que les témoins, qui plus tard se bornèrent à apposer leur cachet, assistaient, à l'origine, à la déclaration verbale (4).

Il nous semble donc qu'en l'état présent des sources l'hypothèse la plus vraisemblable est celle qui voit dans la *denuntiatio*, comme d'une façon générale dans toute *testatio*, une opération orale accomplie devant

rum, quod vicinus facit, vel instituit nocere potest, si veriat ne ex eo opere jus suum deterius fiat, potest prohibere vicinum, id est denuntiare, ne quid novi operis instituat, testibus præsentibus, etiam non adito præ-tore. De son côté, Brissonius, *op. cit.*, v° *Nunciare*, cite cette définition qu'il tire d'un *Vetus glossarium* : *Nunciare novum opus est prohibere testatione ne novum opus fiat.* Malheureusement nous ignorons quel crédit mérite cet ancien glossaire qui ne figure pas dans le recueil de Goetz (*Corpus Glossariorum Latinorum*, 7 vol., 1888-1901).

(1) Stölzel, *op. cit.*, pp. 21 ss., estime que la *testatio* dont il est question à notre titre, *D.*, 39, 1, 8, 1. Paul, *l.* 48 *ad ed.* Lenel, 619) est exclusivement probatoire. C'est dépasser les termes du texte. Que cette *testatio* ait une valeur probatoire, ce n'est pas douteux, mais rien ne dit que ce soit là sa seule utilité.

(2) Cf. *suprà*, p. 90, n. 2.

(3) Que la *litis denuntiatio* soit normalement un acte écrit sous Constantin, cela semble résulter des termes mêmes de la constitution. Cf. *suprà*, p. 90, n. 2.

(4) Nous verrons, dans la section suivante, que le même phénomène s'est produit pour le testament, qui entrerait dans le groupe des *testationes*, si son importance ne nous forçait de l'étudier à part.

témoins (1). Il nous est par malheur difficile d'avoir sur ces témoins des informations précises.

En ce qui concerne leur recrutement, les seuls renseignements que nous possédions sont les quelques mots de Cicéron dans le récit du *Pro Quinctio* (2). Il est évidemment impossible d'en tirer aucune conclusion générale.

Quant à leur nombre, diverses théories ont été proposées. Sans doute, ici encore, la plupart d'entre-elles ne visent expressément que la *denuntiatio*, mais si elles sont vraies de cette espèce d'actes juridiques elles le sont pour tout le groupe des *testationes* ; il nous faut les examiner rapidement.

Nous ne discuterons pas les théories vieillies de Muh-

(1) Nous sommes le premier à reconnaître que cette hypothèse est très fragile. Elle n'est pas susceptible de démonstration directe et se heurte à cette objection que les textes qui nous signalent la présence effective des témoins dans les *testationes* sont assez rares. L'objection n'est pas décisive à notre sens, car les jurisconsultes romains se sont toujours désintéressés de la *testatio*, comme d'une façon générale de tout ce qui concerne le témoignage instrumentaire.

(2) *Pro Quinctio*, 6, 26. *Tum Mævius... pueros circum amicos dimittit, ipse suos necessarios at atriis Liciniis et a faucibus macelli corrogat, ut ad tabulam Sextiam sibi adsint hora secunda postridie. Veniunt frequentes. Testificatur iste P. Quinctium non stetisse et stetisse se; tabulæ maxime signis hominum nobilium consignantur, disceditur.* Il semble toutefois que ce récit montre comment les choses se passaient d'ordinaire. On faisait appel (*corrogare*) soit personnellement, soit par intermédiaire, à ses témoins ; on les convoquait pour une heure précise à un lieu déterminé. Là, on prononçait en leur présence une déclaration (*testatio* : ici *testificatio*). On l'inscrivait sur les tablettes sur lesquelles les témoins posaient leur cachet. Il semble que l'on faisait appel de préférence à des hommes jouissant d'une certaine considération, *hominum nobilium*. Cf. *Pro Quinctio*, 21, 66. *Alfenus... viros bonos complures advocat.*

lenbruch (1) et d'Asverus (2). La réfutation qu'en a donnée Mommsen nous paraît décisive (3). Nous examinerons seulement les systèmes de Bruns, de Kipp et de Mommsen. Mais une remarque préalable s'impose. Si tant de théories diverses ont pu être proposées, c'est que les textes ne nous donnent pas une réponse claire. Sur cette question, comme sur tout ce qui concerne la *testatio*, nos incertitudes viennent de ce que les Romains ont négligé de traiter la question dogmatiquement. À défaut de renseignements directs nous sommes réduits à nous contenter d'hypothèses.

Celle de Bruns (4) nous paraît inacceptable. Suivant cet auteur les témoins ne seraient pas un élément essentiel de toute *testatio* privée. Il semble donc que l'on pourrait en faire venir un nombre quelconque. Mais Bruns estime que si l'on fait appel à des témoins, ceux-ci doivent être au moins au nombre de deux. Cette opinion se fonde sur une maxime d'Ulpien qui ne paraît pas avoir cette portée (5). M. Kipp (6), plus logique, admet

(1) Muhlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte* ³, Greifswald, 1834, p. 77, pensait que la *testatio* comportait un minimum légal de 2 témoins.

(2) Pour Asverus (*op. cit.*, p. 93 ss.) ce minimum légal était 3.

(3) Mommsen, *C. R.* d'Asverus, *cit.*, p. 520 ss.

(4) Bruns, 7 *Zeugen* = *Kleinere Schriften*, II, p. 130.

(5) Ulpien, *l.* 37 *ad ed.*, *D.*, 22, 5, 12 : *Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficiunt*. Nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur ce texte (Cf. *suprà*, p. 78, n. 3).

(6) Kipp, *op. cit.*, pp. 69 et 89. Telle est aussi l'attitude de Planck, *Neue Ienaische Literaturzeitung*, 1844, p. 926 et de Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, I, 778 ss.

que, puisqu'on est autorisé à se passer de témoins, le nombre de ceux qui interviennent en fait n'est aucunement réglementé.

Pour Mommsen (1) aussi, la présence des témoins aux *testationes* est facultative. Les témoins qui y prennent part sont des témoins probatoires et non des témoins instrumentaires. L'effet juridique de leur intervention est nul. Ils ont pour fonction de servir de preuve en cas de contestation. Il semble dès lors qu'en partant de ces prémisses, Mommsen dût arriver à considérer le nombre des témoins comme absolument arbitraire. Or il n'en est rien. Ayant cru remarquer que tout titre écrit muni de 7 cachets paraît doué d'une efficacité probatoire particulière, il en a conclu que le nombre 7 devait être aussi le nombre normal de toute *testatio* orale. Il y aurait eu influence sur l'acte oral, de l'acte écrit qui était rédigé immédiatement après. Cette hypothèse nous paraît contenir une grande part de vérité. Nous estimons, avec Mommsen, que le nombre des témoins dans la *testatio* classique est en principe de 7, et que ce nombre est dû à l'influence de l'acte écrit. La démonstration de cette assertion ne pourra être complète qu'après l'étude de l'acte écrit que nous donnerons au chapitre suivant.

(1) La théorie de Mommsen se trouve exprimée, non seulement au passage déjà cité de son compte-rendu de l'ouvrage d'Asverus, mais encore in *Zeitschrift für Alterthumer wissenschaft*, V, 1844, p. 460 = *Gesamm. Schriften*, III, 503 et in *Berichte über die Verhandlungen der Kgl. Schäs. Gesellschaft der Wissenschaften*, t. 3 (1851), p. 375 ss. *Ges. Schriften*, III, pp. 277 ss.

II. — Pourtant sur un point important nous nous écartons de l'opinion de Mommsen. L'illustre romaniste considère les témoins comme un élément accidentel de la *testatio*. Pour nous, au contraire, nous l'avons dit, ils font partie intégrante de l'acte. Nous n'avons pas pu trouver trace de *testatio* privée qui s'accomplit sûrement hors de la présence de témoins. Cette différence en entraîne une autre plus considérable encore. Si les témoins sont des éléments essentiels de la *testatio*, leur fonction n'est pas exclusivement probatoire. Ce sont des témoins instrumentaires au sens plein du mot. Dès lors il est permis de penser que c'est leur présence à la *testatio* (*stricto sensu*) comme à la *denuntiatio*, qui explique les effets considérables encore qu'indécis qui s'attachent à ces actes juridiques (1). En même temps qu'un rôle proba-

(1) M. Kipp est l'auteur qui, à notre connaissance, a essayé le plus vigoureusement de démontrer l'inefficacité du témoignage dans les *testationes*. Que dans un certain nombre de cas la *testatio* ne donne pas un résultat pratique différent d'un simple avis dénué de formes, c'est ce que nous avons déjà reconnu (p. 92, n. 4). Mais il est tout au moins certaines hypothèses où la présence des témoins est nécessaire pour obtenir certains effets. M. Kipp (p. 86) se contente à peu de frais lorsqu'il se borne, pour le cas du sénatus-consulte Placien (*D.* 23,3) à établir l'équivalence de *contra denuntiare* et de *negare*. Il reste à savoir si la négation dont il s'agit est une négation quelconque ou une négation *testato*. Pour la première *denuntiatio* faite en vertu du même sénatus-consulte, celle de la femme enceinte, la superfluité des formes paraît prouvée à M. Kipp par ces mots d'Ulpien (§ 3) : *Sufficit enim mulieri hoc notum facere quod sit prægnas*. Détachés de leur contexte ces mots pourraient faire croire en effet que la femme peut d'une façon ou d'une autre faire connaître son état à son mari. Or ils signifient que la femme n'a pas besoin, dans sa *denuntiatio* de notifier à son mari autre chose que sa déclaration de grossesse. Pour l'*operis novi nuntiatio*, une signification dénuée de formes n'est autorisée,

toire les témoins y ont une fonction de contrôle et d'homologation analogue à celle que nous avons reconnue à leurs prédécesseurs à l'époque ancienne, et par là s'affirme l'unité de l'institution du témoignage instrumentaire. Sans doute ici ce caractère de contrôle est moins marqué et c'est l'idée de preuve qui impose au témoignage certaines de ses modalités, comme le nombre 7. Mais il n'en est pas moins réel : c'est la présence des témoins qui tend à donner à la déclaration de volonté son maximum d'efficacité juridique (1).

semble-t-il, qu'entre mari et femme. Enfin la valeur juridique du témoignage dans les *testationes* (*stricto sensu*) est incontestable (en voir quelques exemples, *suprà*, p. 92, 1) et nous avons essayé de démontrer qu'il est arbitraire de les séparer, à ce point de vue, des *denuntiationes*.

(1) A la vérité, l'on pourrait songer à dire qu'il n'y a là qu'une application de l'idée de preuve, car plus un acte est prouvé ou susceptible d'être prouvé, plus grande est sa force. Ce raisonnement, approximativement vrai, ne nous semble pas juridiquement exact : il y a entre l'acte susceptible de preuve judiciaire et l'acte accompli en présence de témoins instrumentaires, une différence essentielle, un peu analogue à celle qui sépare l'acte authentique de l'acte sous seing privé. Emprasons-nous d'ajouter que cette distinction n'a été que confusément sentie par les Romains en notre matière. Non seulement leurs jurisconsultes ne l'ont pas exposée dogmatiquement, mais la pratique même n'en a pas tiré toutes les conséquences qu'elle comportait. C'est ainsi que dans bien des cas, nous l'avons vu, la *testatio* n'a pas plus d'effet qu'une déclaration dénuée de forme. Est-ce à dire que dans ces cas les témoins de la *testatio* ne servent qu'à la preuve ? Telle est bien en effet leur utilité pratique. Mais nous croyons que même alors elle avait, dans l'esprit de ceux qui l'employaient, une autre valeur, et que, s'ils avaient recours à elle, ils devaient s'astreindre à toutes ses conditions de forme, — exactement comme de nos jours on voit des personnes faire venir le notaire pour rédiger un acte qui aurait pu valablement être dressé sous seing privé.

SECTION II. — Le testament.

Le testament *calatis comitiis* ne survécut pas longtemps à la loi des XII Tables. Il fut remplacé par la *mancipatio familiæ* d'abord, sur laquelle nous n'insisterons pas puisqu'à notre point de vue particulier elle est une simple application de la mancipation. Le testament *per æs et libram*, qui lui succéda, est bien encore une application de la mancipation, mais il a reçu une réglementation particulière sur laquelle les auteurs juridiques nous donnent d'assez copieux renseignements.

1. Ce n'est pas à dire pourtant que la tradition ne nous présente beaucoup de lacunes. Ainsi nous ignorons comment se faisait la citation des témoins. Nous savons seulement qu'elle devait avoir lieu et qu'elle devait être spéciale. Il fallait que le témoin fût prévenu qu'il s'agissait d'un testament (1). Cette spécification dans la citation des témoins n'était pas exigée avec la même rigueur par tous les jurisconsultes, et la question donna lieu à une discussion fameuse entre Celse et Domitius Labéon (2).

(1) D., 28, 1, 21, 2, Ulpian, *libro 2 ad Sabinum* (Lenel, 2437). *In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiores ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.*

(2) D., 28, 1, 27, Celsus, *libro 15 digestorum*. Lenel, 113. *Domitius Labeo Celso suo salutem. Quæro an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quæque cum tabulas*

Ce dernier demandait à son maître Celse si le scribe convoqué pour coucher par écrit le testament pouvait valablement servir de témoin. A quoi Celse répondit, en termes d'ailleurs assez grossiers, qu'il n'y voyait pas d'obstacle (1).

Ulpien (2), nous parlant des témoins au testament exige que l'on ait avec eux la *testamenti factio*. Que veut dire cette formule? S'agit-il ici de la *testamenti factio* active ou de la *testamenti factio* passive? En d'autres termes exige-t-on que le témoin soit apte à tester ou qu'il soit apte à recevoir par testament? L'une et l'autre alternatives ont eu leurs partisans. Ceux qui soutiennent que la *testamenti factio* est active s'appuient sur un texte d'Ulpien (3) où le jurisconsulte parlant du prodigue, nous

scripsisset signaverit. Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua : plus enim quum ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

(1) M. Erman (*Juventius Celsus und das Kammergericht in Grünhut's Zeitschrift*, 31, 1904, p. 569 ss.), donne raison à Celse qui aurait réagi un peu violemment contre le formalisme excessif qui inspirait la question de Labéon. Au contraire Hofmann (*Quæstio Domitiana in Kritische Studien*, 1885, p. 41-55) estime que Celse n'a pas compris le sens de la question qui lui était posée. Il y avait en effet une véritable difficulté à laisser le scribe compter parmi les témoins. Cette difficulté est telle que le droit russe interdit formellement au scribe de témoigner au testament comme le remarque M. Pineles, in *Gaius*, mai 1907, p. 8 ss.

(2) *Reg.*, XX, 2, V *testes cum quibus testamenti factio est.*

(3) *D.*, 28, 1, 18 pr., Ulpien, *libro 1 ad Sabinum* (Lenel, 2473). *Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et si fecerit ipso jure non valet : quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valet ; merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit cum neque testamenti factionem habeat.*

dit qu'il ne peut pas tester et en tire cette conséquence qu'il ne peut pas non plus témoigner au testament. Si le raisonnement était exact, la *testamenti factio* active serait exigée par Ulpien. Mais, à supposer que le texte soit intact, il semble bien qu'il y ait là une négligence de la part du jurisconsulte, et que le fondement qu'il donne à sa solution soit peu solide. Le même Ulpien nous dit en effet que le Latin Junien pourra être témoin au testament parce qu'il a la *testamenti factio* (1), et nous apprend quelques lignes plus loin, qu'il est inapte à tester (2). D'autres catégories d'individus, dont nous savons, sans aucun doute, qu'ils peuvent tester, sont expressément exclues du témoignage au testament. Telles sont les femmes, qui peuvent tester avec l'autorisation de leur tuteur à partir de l'âge de 12 ans (3). Telle est aussi la situation du *servus publicus* qui peut disposer, à cause de mort, de la moitié de ses biens (4). Devrons-nous donc admettre, avec Trekkell (5) et Gluck (6), qu'il s'agit, pour les témoins, d'une *testamenti factio* passive ? Cela est manifestement impossible si l'on songe que des esclaves et des femmes peuvent être ins-

(1) *Reg.*, XX, 8, *Latinus Junianus et familiæ emptor et testis et libripens fieri potest quoniam cum eo testamenti factio est.*

(2) *Reg.*, XX, 14, *Latinus Junianus... testamentum facere non potest.*

(3) Ulpien, *Reg.*, XX, 15 : *Feminae post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sunt.*

(4) Ulpien, *Reg.*, XX, 16 : *Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet jus.*

(5) *De origine testamenti factionis*, 1739, p. 314.

(6) *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. 34, Erlangen, 1830 p. 314. Même doctrine dans Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*¹³, p. 903.

titués (1). Nous concluons donc avec la généralité des romanistes (2) que cette *testamenti factio* des témoins n'a pas un sens précis, qu'elle désigne simplement la possibilité légale de faire appel à leur témoignage.

Les conditions de capacité des témoins sont décrites dans nos sources d'une façon assez complète. Ils devaient comme les témoins de la mancipation dont ils dérivent, être mâles, pubères, citoyens (ou Latins). Les Latins Juniens (3) peuvent d'ailleurs être témoins au testament ainsi que tous les affranchis. Ulpien nous dit formellement que les sourds ni les muets ne peuvent témoigner (4). La même incapacité frappe peut-être l'aveugle (5). En dehors de ses intervalles lucides le fou ne peut être témoin (6). Au fou a été assimilé le prodigue (7). Le cas

(1) La loi Voconia de l'an 585 qui interdit aux femmes de succéder, et qui subsiste encore au moins théoriquement à l'époque de Gaius (Girard, *Manuel* ⁴, p. 817), ne s'applique, on le sait, qu'aux successions des citoyens de la première classe.

(2) Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 804.

(3) Cf. *suprà*, p. 107, n. 1.

(4) Ulpien, *Reg.*, XX, 7 : *Mutus surdus furiosus pupillus femina neque familiæ emptor esse neque testis libripensve fieri potest.*

(5) Sur la question de la capacité de l'aveugle, il y a toute une littérature dont on trouvera l'indication dans Vangerow, *Pandekten* ⁷, t. II, 138, § 444. Windscheid, *Pand.*, III⁹, p. 222, n. 6, résout le problème par une distinction. L'aveugle pourrait témoigner au testament oral, non au testament écrit. L'absence de texte prohibitif nous ferait plutôt croire à sa capacité. Sic Dernburg, *Pandekten* ⁶, t. III, 1901, p. 131, § 70.

(6) Ulpien, *Reg.*, XX, 7.

(7) Au titre XX de ses *Regulæ*, Ulpien ne signale pas la prodigalité parmi les causes d'incapacité et la raison qu'il invoque pour dénier au prodigue le droit de tester, à savoir la privation du *commercium* (*Reg.*, XX, 13), ne suffit pas à lui interdire le témoignage au testa-

de l'*intestabilis* présente quelques difficultés. Et d'abord quels sont, à cette époque, les *intestabiles* ?

L'ancienne intestabilité, celle dont nous avons vu les XII Tables frapper le témoin récalcitrant, subsistait en théorie (1), mais n'était jamais plus appliquée : le fondement même de la sanction avait disparu. Depuis longtemps à la mancipation tombée au rang de simple mode de transfert, les témoins n'étaient plus que des moyens de preuve et n'étaient plus tenus, envers les parties, de la moindre obligation de garantie. Dès lors, le délit du témoin défaillant n'existait plus, ni par suite l'intestabilité qui le sanctionnait.

A côté de ce cas, pratiquement inexistant, le droit classique connaît un autre cas d'intestabilité dans la législation sur le *carmen fariosum*. Mais cette hypothèse présente des difficultés assez graves.

Essayons d'abord de déterminer le délit. On sait que parmi les nombreuses dispositions des XII Tables qui

ment. *Contrà* : Windscheid, *Pand.*, III^o, p. 223, n. 9. Au Digeste cependant un passage du même jurisconsulte visant le prodigue lui interdit le témoignage *cum neque testamenti factionem habeat*. Nous avons déjà signalé l'insuffisance de ce motif, puisqu'on admet au témoignage certains individus qui n'ont pas le droit de tester. Faut-il donc admettre que la fin du fragment : « *merito ergo... habeat* » a été interpolée ? Un texte de Paul, *Sent.* III, 4a, 12 nous empêche d'admettre l'interpolation, car il interdit aussi le témoignage au prodigue : *Prodigus recepta vitæ sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest et ad testamenti solemnia adhiberi potest*. Peut-être le prodigue, exclu en fait du témoignage, était-il juridiquement capable.

(1) Elle subsista jusqu'à Justinien. Cf. *Institutes*, II, 10, 6 et la Paraphrase de Théophile, *ad h. l.*

ont pour objet de réprimer les pratiques magiques, il en est une qui vise expressément l'*occenatio* (1), c'est-à-dire la malédiction, prononcée sans doute en termes rythmés, contre une personne déterminée (2). Ce crime était puni de la mort par flagellation (3). Cette répression sévère ayant sans doute rapidement produit ses effets, les dispositions de la loi des XII Tables tombèrent en désuétude. Mais le préteur crut devoir, dans son édit, sévir contre certains délits qui, sous un aspect plus moderne et plus « laïque », présentaient du moins avec les *mala carmina* ce caractère commun d'être des atteintes verbales à la personnalité (4). Mais les différentes créations prétorienne n'ouvraient à la victime qu'une action privée, tendant à une amende arbitraire. A la fin de la République ou au début du Principat, une action publique fut instituée

(1) XII Tables, 8, 8^a, 10, 4, etc.

(2) XII Tables, 8, 1^a : *Si quis occenassit quod alteri flagitium faciat*.

(3) Ce sens de la loi a été ingénieusement dégagé par Usener, *Itälische Volksjustiz in Rhein. Museum*, 1901, pp. 1-28 du texte de Cicéron, *De Rep.*, 4, 8, 12. En dehors de cette peine les XII Tables édictaient-elles l'intestabilité contre l'auteur du *malum carmen*, comme le veulent Cujas (*In Inst. Domini Justiniani*, lib. II. *Opera*, t. VIII, col. 964) et Mommsen (*Dr. pénal*, III, p. 114, n. 2) ? Nous ne le croyons pas, tout d'abord parce qu'il nous paraît peu vraisemblable que les XII Tables aient prévu les hypothèses, somme toute assez exceptionnelles, où cette disposition se serait appliquée, en second lieu parce que les mots *intestabilitas ex lege* sur lesquels s'appuient ces auteurs nous paraissent devoir recevoir une autre interprétation.

(4) Edit sur le *convicium*, puis édit *Ne quid infamandi causa fiat*. Sur les différents édits, V. Lenel, *Edictum*², tit. XXXV, § 191 ss. et Girard, *Les jurés de l'action d'injures* in *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 256-260.

pour réprimer les chants et écrits diffamatoires, mais on est loin d'être d'accord sur l'origine de cette proposition.

On pourrait être tenté de croire que la répression a été organisée par la loi Cornelia *de injuriis* de 673. En effet un passage d'Ulpien inséré au Digeste semble le dire expressément (1). A première vue les mots *ex lege* de ce texte ne peuvent se rapporter qu'à la loi Cornelia *de injuriis* dont il est question dans tout le début du fragment. Mais cette interprétation (2) se heurte à une grosse objection. Nous savons en effet que la loi en question ne punissait que trois délits, le *pulsare*, le *verberare*, le *vi domum introire*, c'est-à-dire des injures matérielles (3). Faut-il penser, avec M. Hitzig (4), qu'une disposition législative aurait étendu à la répression du *malum carmen* l'intestabilité édictée par la loi Cornelia *de injuriis* contre les délits qu'elle visait ? Plus vraisemblable que la précédente, cette hypothèse ne nous paraît pas satisfaisante. Tout d'abord, rien ne prouve que la loi Cornelia *de injuriis* eût pour sanction l'intestabilité ; d'autre part elle ne fait que déplacer la difficulté ; elle ne nous dit pas, en effet, quelle est la disposition législative qui édicte l'in-

(1) Ulpien, I, 56 *ad edict.* (Lenel, 1338), D., 47, 10, 5, 9 : *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret, et si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse jubetur.*

(2) Défendue par Baron, *Institutionen*, p. 249.

(3) *Inst.*, 4, 4, 8.

(4) *Injuria. Beiträge zur Geschichte der injuria im griechischen und römischen Recht*, 1899, p. 76.

testabilité contre l'auteur du *carmen famosum*. Est-ce le sénatus-consulte dont il est question au paragraphe 10 (1) ? Cela ne paraît guère possible, car Ulpien semble faire allusion à deux dispositions différentes.

Nous croyons qu'il faut chercher d'un côté tout différent la solution du problème et voir dans le mot *lex* employé ici une allusion aux XII Tables. Non pas que le code décenviral eût déjà sanctionné le *malum carmen* de la peine de l'intestabilité (2). Si la loi, encore inconnue, qui frappe le diffamateur le punit de l'*intestabilitas ex lege*, cette allusion à la loi des XII Tables n'est là, selon nous, que pour préciser le sens l'*intestabilitas* qui avait perdu, à cette époque, toute sa valeur juridique. C'est un rappel de la notion de l'*intestabilitas* que les XII Tables édictaient jadis contre le témoin défaillant. En un mot nous croyons que l'expression *intestabilis ex lege* est indivisible et n'a pas un sens plus fort qu'*intestabilis* (3).

Le mot *lex* dans notre passage ne ferait donc nullement allusion à la loi Cornelia *de injuriis* bien que la composition du fragment, dans son état actuel, paraisse imposer cette interprétation. Mais il ne faut pas oublier

(1) *D.*, 47, 10, §, 10 ; Ulpien, *ibid.* : *Eadem pœna* (sc. *intestabilitate*) *ex senatus consulto tenetur etiam is qui επιγρόμματα aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit ; item qui emendum vendendumve curaverit.*

(2) C'est là la théorie de Cujas et de Mommsen, déjà signalée, p. 110, n. 3.

(3) Voir des exemples de l'emploi affaibli du mot *intestabilis* par les auteurs littéraires, *suprà*, p. 43, n. 3.

que cette composition est toute artificielle, et M. Lenel, dans sa *Palingénésie*, (1) admet précisément que notre fragment est formé de deux morceaux différents (pr-9 et 9-12) juxtaposés par les commissaires de Justinien. Rien ne prouve qu'ils se suivissent dans le texte primitif d'Ulpien.

Quant à la disposition législative qui frappe d'intestabilité l'auteur du *carmen famosum*, il est probable, sinon certain, que c'est la *lex Cornelia majestatis* (2). Il se peut d'ailleurs que cette loi n'ait pas reçu d'application en notre matière, jusqu'à Auguste (3). Mais les dispositions de la loi étaient trop étroites aux yeux de ce prince. Elles visaient bien toutes sortes d'écrits de nature à porter atteinte à la considération, mais ne visaient que les écrits. Un sénatus-consulte de l'an 12 étendit ses prescriptions à l'auteur de chants diffamatoires, et d'ἐπυγράμματα (4).

(1) Tome II, col. 768, nos 1337 et 1338.

(2) Sic Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems* in *Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts*, 10^e Heft. Breslau, 1903, pp. 90 ss. Cette opinion se fonde principalement sur ce passage d'une lettre de Cicéron de l'an 704 (*ad Fam.*, III, 2) : *De ambitu vero quid interest, inquires, an de majestate ? Ad rem nihil : alteram enim non attigisti, alteram auxisti ; verumtamen est majestas, etsi Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret*. Sur le domaine très étendu et très peu défini de la *majestas* sous la République, cf. Cic., *Verr.*, IV, 41.

(3) C'est ce que donnerait à croire ce passage de Tacite (*Ann.* : I, 72) : *Primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis ejus (majestatis) tractavit, commotus Cassii Severi libidine qua viros feminasque illustres procacibus scriptis diffamaverat*.

(4) D., 47, 10, 5, 10 *cit.* Sueton., *Aug.*, 55 : *censuit cognoscendum posthac de his qui libellos aut carmina ad infamiam ejuspiam aut alieno nomine edant*. Nous identifions ce sénatus-consulte de l'an 12 avec celui dont parle Paul, *Senl.*, V, 4, 15, *qui carmen famosum in injuriam*

Le champ d'application de notre peine se trouvait dès lors très large. Elle frappait tous les auteurs de chants et d'écrits diffamatoires, alors même qu'ils ne nommaient pas leur victime, pourvu qu'ils la désignassent d'allusions transparentes. Elle frappait en outre tous ceux qui avaient contribué à la propagation des imputations calomnieuses. L'intestabilité n'était pas d'ailleurs la peine principale édictée par ces lois criminelles. Elle servait de complément à une sanction plus grave et était, sous ce rapport, assimilable à l'infamie (1).

Mais en quoi consiste, d'une façon précise, cette intestabilité de l'époque classique ? Est-ce cette intestabilité générale, à la fois active et passive, que nous avons vu, dans les XII Tables, frapper le témoin défaillant ? Est-ce, sous le même nom, une autre peine ?

Un texte d'Ulpien (2) répond à la question d'une façon très nette sur un point particulier. L'individu que sa condamnation *ob carmen famosum* a rendu *intestabilis* ne

alicujus vel alia quælibet cantica quo agnosci possit composuerit, ex auctoritate amplissimi ordinis in insulam deportatur ; interest enim publicæ disciplinæ opinionem uniuscujusque a turpis carminis infamia vindicare. Il ne nous semble pas en effet, qu'il y ait contradiction, qu'en dise Pernice (*Labeo*, I, 240, 3), que la *relegatio in insulam* et l'intestabilité s'excluent. Sous Auguste en effet la *relegatio* ne fait pas perdre le droit de cité (Mommsen, *Dr. pénal*, III, 313) et l'une des peines peut être perpétuelle et durer encore quand l'autre a cessé (Mommsen, *op. cit.*, 324, 2).

(1) C'est sans doute par une confusion des deux notions voisines que Paul (*Sent.*, V, 4, 20) appelle *infamis* le *damnatus ob carmen famosum*.

(2) *D.*, 28, 1, 18, 1. Ulp., l. 1 *ad Sabinum* (Lenel, 2424) : *Si quis ob carmen famosum damnatur, senatus-consulto expressum est ut intestabilis sit : ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi.*

peut faire son testament ni être témoin à un testament, C'est donc, quant au testament, une incapacité double, à la fois active et passive. Avons-nous le droit de généraliser cette solution particulière (1) ?

Un fragment de Gaius (2) semble nous autoriser à admettre que l'intestabilité dont il est ici question est à la fois active et passive. Pourtant il nous dit clairement que ce n'était pas là l'opinion unanime des jurisconsultes de son époque, sans que l'on puisse d'ailleurs savoir d'une façon certaine s'il partageait ou repoussait cette doctrine (3). Nous devrions en conclure qu'au temps de Gaius l'accord était fait sur ce point que l'*intestabilis* ne pouvait être témoin, et que l'on discutait pour savoir s'il n'était pas en outre inapte à se prévaloir du témoignage d'autrui. Cette incertitude doit donner à réfléchir. Elle nous paraît prouver d'abord que l'intestabilité n'était pas une peine fréquemment appliquée, sinon l'on aurait connu d'une façon précise le statut de l'*intestabilis*, et nous croyons que l'on peut en tirer aussi cette conclusion, à savoir que l'incapacité passive dont il est ici question n'est pas une incapacité générale dans la pensée de ceux qui l'admettent, car cette incapacité aurait fait du condamné un

(1) Heumann-Seckel (*Handlexicon* ⁹, 1907, p. 285) n'hésitent pas à le faire, v° *Intestabilis* : I — : unfähig Zeuge zu sein und Zeugen zuziehen.

(2) D., 28,1,26, Gaius, l. 22 *ad edictum provinciale* (Lenel, 340) : *Cum lege quis intestabilis jubetur esse eo pertinet ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, ne ipsi dicatur testimonium.*

(3) Pernice, *Labeo*, I, 240, admet avec vraisemblance que le mot *quidam* désigne les Proculiens.

véritable paria ; nous verrons en effet que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'usage du témoignage instrumentaire est plus répandu encore dans le droit classique que dans l'ancien droit. La condition de l'*intestabilis* s'il avait été effectivement privé du droit de se servir de témoins, eût été si misérable que les contemporains n'auraient pas manqué d'en être frappés. Nous sommes ainsi amenés à ne pas donner aux termes de Gaius une portée absolue. On doit les interpréter *cum subjecta materia*, par rapport au seul testament, dont il parle à cette place. Gaius oppose donc à ceux qui ne voient dans l'intestabilité que l'incapacité d'être témoin, les jurisconsultes qui, comme le fait Ulpien au fragment cité, enlèvent encore à l'*intestabilis* le droit de tester. À l'incapacité de prendre part à une *testatio* viendrait se joindre chez lui le déshonneur de mourir intestat.

On le voit, cette intestabilité du Principat est très différente de celle des XII Tables. Tandis que celle-ci était une véritable peine, frappant le coupable dans ses intérêts comme dans son honneur, à l'époque classique l'intestabilité n'est plus qu'une simple blessure d'amour-propre, une déchéance civique (1).

La condamnation *ob carmen famosum* est le seul cas bien établi d'intestabilité que l'on rencontre à l'époque classique. En dehors des *intestabiles* proprement dits,

(1) Paul, *Sent.*, III, 4^a, 14 = D., 22, 3, 15 : *Repetundarum damnatus, nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest.*

certaines catégories d'individus sont encore exclus du témoignage au testament.

Celui qui a été condamné pour concussion est, suivant Paul (1), exclu du témoignage. Au contraire Ulpien (2) semble l'y admettre. Voici le texte, tel qu'il nous est présenté par la Florentine :

Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhibere posse existimo, quoniam in iudicium testis esse velatur.

On remarque immédiatement une brusque rupture dans le raisonnement. Très certainement ce n'est pas parce que le condamné n'a pas le droit de déposer en justice qu'il peut être témoin au testament.

Cette difficulté, et aussi le désaccord entre les deux jurisconsultes, a donné naissance anciennement, à un grand nombre de théories dont on trouvera l'exposé dans Gluck (3). Un double courant s'est manifesté dans la doctrine. Certains auteurs, s'attachant à la lettre du manuscrit, s'acharnent à tenter de rendre le texte intelli-

(1) Ulpien, *libro 1 ad Sabinum*, D. 28,1,20, §. Lenel, 2430.

(2) Cette différence entre l'intestabilité classique et celle des XII Tables ne nous paraît pas constituer une objection décisive contre l'interprétation des mots *intest. ex lege* que nous avons considérée comme la plus vraisemblable (p. 112) et suivant laquelle cette expression se référerait à la loi des XII Tables. On continuait à faire allusion aux XII Tables puisqu'elles étaient le seul texte législatif qui fit mention de l'intestabilité ; mais le sens exact de la peine portée par les décemvirs avait pu s'altérer au cours des quatre siècles qui séparent le temps des XII Tables de celui du Principat.

(3) *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. 34, pp. 323-337.

ble. Mais la plupart d'entre eux intercalent dans la phrase, soit avant, soit après le mot *adhibere*, la négation *non* qui met Ulpien d'accord avec Paul et avec lui-même. Il y aurait donc eu, à cet endroit, une faute de copie très ancienne, existant déjà sur le manuscrit qu'avait sous les yeux le rédacteur des Basiliques (1).

Nous nous rallions à cette deuxième opinion. Une rectification du texte nous paraît absolument indispensable. La loi Julia *repetundarum* défendait au condamné de *testimonium publicere dicere*. Or les conditions requises pour être témoin solennel sont plus strictes que celles qu'on exige du témoin au procès, et Ulpien ne pouvait pas l'ignorer. Le raisonnement est donc très clair : il repose sur un argument *a fortiori*. « Puisque le condamné ne peut pas témoigner au procès, il s'ensuit qu'il n'a pas non plus le droit de témoigner au testament. »

La situation du condamné pour adultère prêtait à controverse. Elle fut réglée par Papinien dont la décision se trouve insérée au Digeste (2). Les termes de la loi Julia *de adulteriis* étaient sans doute les mêmes que ceux de la loi Julia *repetundarum*. Dans un cas comme

(1) Basil., 35, 1, 24, Καὶ ὅτι ὁ καταδικασθεὶς ἄσχων ἐν τῷ ἄρχων περὶ ἀδικίας ἐν διαθήκῃ μάρτυρεῖ, οὐ μὲν ἐν δικαστηρίῳ.

(2) Papinien, *libro singulari de adulteriis*. D., 22, 5, 14 (Lenel, 19) : *Scio quidem tractatum esse an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus : et sane juste testimonii officio ei interdicitur ; existimo ergo neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure prætorio quod jus civile subsequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit.*

dans l'autre on interdisait au condamné les droits de *testimonium dicere*. Nous avons vu que pour le concussionnaire cette interdiction s'étendait au témoignage solennel comme au témoignage judiciaire. Il semble qu'on eût dû appliquer ici la même solution. Pourtant une difficulté venait de ce que, lorsque le condamné pour adultère était une femme, l'incapacité se réduisait à l'interdiction de témoigner au procès (1). On ne pouvait enlever à la femme le droit de témoigner au testament, puisqu'elle ne le possédait pas. Convenait-il de donner à l'interdiction, quand l'adultère était un homme, une portée plus grande ? Papinien pensa que cela n'avait pas d'inconvénient, et c'est en effet la solution juridique.

Une incapacité assez intéressante est celle qui frappe à cette époque, avec le testateur et l'*emptor familiæ*, ceux qu'ils ont en puissance. L'acte juridique était censé se passer entre le *de cuius* et l'*emptor familiæ*, le véritable

(1) Ulpien, *libro 1 ad Sabinum*, D., 28, 1, 20, 6 (Lenel, 2430). *Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, atq̃as autem posse testem esse mulierem argumento est lex Julia de adulteriis, quæ adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.* Cf. Paul, *libro 2 de adulteriis*, D., 22, 5, 18 (Lenel, 11). *Ex eo quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere.*

(2) Ulpien, *Reg.*, XX, 3. *Qui in potestate testatoris est aut familiæ emptoris testis aut libripens adhiberi non potest, quoniam familiæ mancipatio inter testatorem et familiæ emptorem fit et ob id domestici testes adhibendi non sunt.* Cf. Gaius, II, 105 : *In testibus autem non debetis esse qui in potestate est aut familiæ emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia creditur inter familiæ emptorem agi et testatorem...*

héritier étant juridiquement un tiers. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce fait que l'on avait exclu du témoignage les deux parties. On ne peut pas être témoin dans sa propre affaire (1). Cette règle, commune au témoignage instrumentaire et au témoignage judiciaire, est en effet imposée par le nom même de l'institution qui fait des témoins des tiers. Mais pour quelle raison interdisait-on le témoignage à ceux que le testateur ou l'*emptor familiæ* avaient *in potestate* ?

On répond généralement que c'est à cause de l'unité de personnes qui existe entre le *pater familias* et tous ceux qu'il a sous sa puissance. A eux tous, ils ne comptent que pour un sujet de droit. Leur personnalité est indivisible. Mais c'est là une assertion toute gratuite. Dans bien des cas, surtout en droit classique, la personnalité du fils est distincte de celle de son père. Pour prendre un exemple dans une matière connexe à la nôtre, au procès, les parents et les enfants peuvent témoigner les uns pour les autres. Pourquoi n'en est-il pas de même du témoignage au testament ? On a dit encore : les témoins *in potestate* n'auraient point le désintéressement nécessaire. Mais nous verrons dans un instant que si l'*emptor familiæ*, qui ne touche rien, est exclu du témoignage, les légataires, les fidéi-commissaires, bien mieux l'héritier institué

(1) *D.*, 22, 5, 10. Pomponius, *libro 1 ad Sabinum* (Lenel, 379). *Nul-lus idoneus testis in re sua intelligitur.*

(2) Ils ne peuvent être contraints à témoigner les uns contre les autres, ce qui est bien différent.

lui-même peuvent être témoins. On ne peut donc parler sérieusement de désintéressement nécessaire pour témoigner. La véritable raison de la prohibition est, selon nous, une raison historique (1). La règle est venue au testament, de la *mancipatio familiæ* qui elle-même la tenait de la mancipation. Les témoins de la mancipation représentant la collectivité sont nécessairement choisis dans des groupes familiaux autres que ceux auxquels appartiennent les deux parties. De là vient qu'à l'époque classique encore on réprouve le *testimonium domesticum* (2). De là vient encore que l'on autorise le témoignage de deux ou de plusieurs individus soumis à la même *patria potestas*, pourvu qu'ils ne soient pas du même groupe familial que les parties (3).

Une autre conséquence intéressante du principe suivant lequel seuls le testateur et l'*emptor familiæ* sont parties à l'acte, c'est qu'à l'époque classique encore l'héritier ins-

(1) Sic Windscheid-Kipp, *Pandekten* ⁹ (1906), III, 542, n. 10.

(2) Gaius, II, 105. Expression analogue dans Ulpien, *Reg.*, XX, 3 : *domestici testes adhibendi non sunt*. Autres conséquences de la même règle, Gaius, II, 106 : *Unde et si is qui in potestate patris est, familiæ emptor adhibitus sit, pater ejus testis esse non potest ac ne is quidem qui in eadem potestate est, velut frater ejus. Sed si filius familias ex eastrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte testis adhibetur, nec is qui in potestate patris est*.

(3) Ulpien, *Reg.*, XX, 6 : *Pater et filius qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes utrique, vel alter testes alter libripens fieri possunt, alio familiam emente, quoniam nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*. Remarquons que cette règle, à supposer qu'elle soit ancienne, est un argument contre ceux qui voient dans les 5 témoins les représentants des 5 classes.

titué et le légataire peuvent être témoins au testament. Si paradoxal que le fait puisse paraître, il est inconteste. Non seulement des textes juridiques nous l'affirment en termes très nets, mais nous en avons dans nos sources au moins un exemple concret. Il est tiré du *Pro Milone* (1). Cicéron nous y fait savoir qu'il a été institué héritier par Cyrus, en même temps que Clodius, et que tous deux ont apposé leur sceau sur les tablettes du testament. A l'époque classique les choses avaient-elles changé ? Pour Gaius (2) l'état de droit est le même : l'héritier peut être témoin au testament qui l'institue. Mais cet état de droit n'est pas sans inconvénient ; l'héritier ne présentera évidemment pas toutes les garanties d'un témoin impartial. Aussi le jurisconsulte, après avoir indiqué le fondement historique de la règle, conseille-t-il de n'en pas faire usage (3).

Ulpien connaît évidemment la même règle ou du moins la fiction juridique qui lui sert de fondement, à savoir que là *mancipatio familiæ* a lieu entre le testateur et

(1) 18, 48. *Una fui ; testamentum simul obsignavi cum Clodio ; testamentum autem palam fecerat et illum heredem et me scripserat.* Ce texte n'est pas absolument décisif car, nous le verrons, d'autres personnes que les témoins pouvaient apposer leur sceau sur les testaments.

(2) Gaius, II, 108. *Is vero qui in potestate heredis aut legatarii est, cujusve heres ipse aut legatarius, in potestate est quique in ejusdem potestate est adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius jure adhibeantur.* On remarquera le mot *jure* qui indique clairement qu'il s'agit ici d'un état de droit.

(3) Gaius, *h. loc.* *Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in ejus potestate et cujusve is in potestate erit, minime hoc jure, uti debemus.*

l'emptor familiæ (1). Il devrait, semble-t-il, en conclure, comme Gaius, que l'héritier peut être témoin. Mais dans ses *Regulæ* il évite de se prononcer sur ce point délicat. Au contraire dans un fragment du premier livre de son commentaire sur Sabinus, fragment inséré au Digeste (2), il donne une opinion très nette en sens contraire. L'héritier institué ne peut pas jouer le rôle de témoin. On s'est demandé si c'était bien là la pensée du jurisconsulte ou s'il ne fallait pas plutôt y voir une interpolation (3).

Pour appuyer cette dernière assertion on a mis en avant les déclarations de Justinien (4) qui, dans ses *Institutes*, affirme nettement qu'il a fait une innovation et

(1) *Reg.*, XX, 2, *familiæ mancipatio inter testatorem et familiæ emptorem fit*.

(2) Ulpien, *libro 1 ad Sabinum*, D., 28,1, 20, pr. (Lenel, 2430). *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest, quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testis possunt adhiberi, si aliud eos nihil impedit, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris.*

(3) M. Girard, *Manuel* ⁴, p. 804, 2, trouve ce texte plus que douteux. Il est considéré comme interpolé dans la dernière édition du Digeste (P. Krueger, 1908).

(4) *Inst.*, II, 10, 10. *Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate ejus est... testes adhiberi possunt quia totum hoc negotium quod agitur... creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim totum hoc jus tale conturbatum fuerat et veteres qui familiæ emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant testamentariis testimoniis repellebant, heredi... concedebant testimonia in testamentis præstare, licet hi, qui id permettebant, hoc jure minime abuti suadebant; tamen nos, eandem observationem corrigentes et quod ab illis suatum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiæ emptoris merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris optinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare, ideoque nec ejus modi veterem constitutionem nostra codici inseri permisimus.*

rectifié le droit antérieurement en vigueur lorsque, par une constitution qui ne nous est pas parvenue, il a interdit à l'héritier d'être témoin au testament. On a dit encore qu'Ulpien, connaissant la fiction qui fait de l'héritier un tiers devait nécessairement rejeter l'incompatibilité des fonctions de témoin et d'héritier.

Ce dernier argument est, semble-t-il, facile à réfuter. Ulpien, homme de pratique autant que théoricien, n'était pas astreint à suivre une logique juridique rigoureuse et étroite. Il se peut fort bien qu'il ait été déterminé dans sa solution par des considérations d'utilité. Il donnait ainsi, dans son commentaire étendu sur l'œuvre de Sabinus, une opinion qu'il se gardait d'insérer dans ses *Regulæ*, ouvrage qui présente davantage un caractère général et pédagogique. L'objection tirée des *Institutes* est plus grave, mais ne nous paraîtrait pas suffisante à elle seule, pour faire admettre l'interpolation. La sincérité de Justinien en matière d'innovation législative est fort sujette à caution et nous ne devons pas le croire sur parole. Mais il peut avoir ici partiellement raison sans que l'on doive suspecter l'intégrité du texte. Il est très admissible que deux courants se fussent manifestés dans la doctrine sur la question. L'un, plutôt théorique, représenté dans nos sources par Gaius, maintient le principe ancien, mais recommande de n'en pas faire usage. L'autre, représenté par Ulpien, fait bon marché de la règle théorique et interdit expressément à l'héritier de témoigner au testament qui l'institue. Peut-être Ulpien était-

il demeuré seul de son avis et la plupart des jurisconsultes, moins hardis, maintenaient-ils en apparence l'ancien état de droit. Il suffirait d'admettre cela pour justifier Justinien et réduire en même temps sa déclaration un peu théâtrale à sa véritable valeur.

Pourtant le texte porte des traces évidentes de retouches. Grammaticalement, il est incorrect. Il se termine par une proposition au singulier alors que le sujet est au pluriel. Le tribonianisme est donc flagrant, mais nous ignorons le sens du texte primitif. Le plus prudent est donc d'avouer notre ignorance de la véritable pensée du jurisconsulte sur ce point (1).

Ainsi nous pensons que si théoriquement la question était peut-être controversée dans la doctrine, en fait au temps classique les héritiers n'apposaient pas leur cachet au testament. En était-il de même des légataires ?

Ici la réponse n'est pas douteuse (2) ; les légataires ont à l'époque classique et auront jusqu'à la fin du droit romain le droit de cumuler les deux fonctions de légataire et de témoin. Gaius nous le dit en termes formels et ne fait pas pour le légataire les mêmes réserves que pour l'héritier. Ulpien dans le texte qui nous, est fourni ,

(1) M. Lenel, qui admet également l'interpolation, suppose que le texte d'Ulpien portait : *Qui testamento heres instituitur in eodem testamento familiæ emptor esse non potest* (Paling., t. II, col. 1024, n. 1).

(2) La question était débattue au xvi^e siècle. La capacité du légataire était mise en doute par des romanistes tels que Cujas, Denys Godefroy, Hotman. Leurs objections ont été réfutées par Vinnius, *Comm. ad § II, Inst.*, II, 10, n. 1 (*In quatuor libros institutionum imperatorum commentarius*, Amsterdam, 1659, p. 289).

oppose nettement la situation de l'héritier à celle du légataire. S'il interdit au premier de témoigner, il donne ce droit au légataire et au tuteur testamentaire. Les inconvénients à craindre étaient évidemment moins graves pour eux que pour l'héritier institué, mais surtout il aurait fallu, pour leur refuser le droit de témoigner, se placer délibérément sur le terrain de l'utilité pratique, car même si l'on éliminait l'ancienne fiction qui faisait de l'*empletor familiæ*, et non de l'héritier, une partie au testament, le légataire et le tuteur n'en demeuraient pas moins des tiers. Ils ne sont pas à l'époque classique, et ne seront même pas en droit byzantin des *successores juris* (1).

Telles sont les conditions de capacité des témoins au testament. Elles sont exigées au moment de la confection du testament. Nous aurions pu aisément le supposer ; un texte nous le dit formellement (2).

(1) *Institutes*, II, 10, 11 : *Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, immo in quadum nostra constitutione, et hoc specialiter concessimus, et multo magis his qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate hujusmodi licentiam damus*. Exemples concrets de légataires témoins, Marcien, l. 6 *Institutionum*, Lenel, 109, *D.*, 34, 5, 14 (15) et Pline le Jeune, *Ep.* II, 20, 10 ss.

(2) Ulpien, *libro 39 ad edictum* : *D.*, 28, 1, 221, Lenel, 1097 : *Conditionem testium tunc inspicere debemus cum signarent, non mortis tempore si igitur cum signarent tales fuerint ut adhiberi possint, nihil nocet si quid postea eis contigerit*. — Le cas le plus important en pratique est celui d'un témoin qui, capable au moment de la confection du testament, voit sa condition empirer et devient incapable par la suite. Mais une autre situation est envisagée par les textes : c'est celle

2. Ainsi les témoins du testament sont les témoins de la mancipation dont on exige quelques garanties supplémentaires. Mais devaient-ils être aussi au nombre de 5 ? La question est très controversée. Nous pensons qu'on doit résoudre la difficulté par une distinction : au testament du droit civil n'interviennent que 5 témoins tandis que le testament prétorien en exige 7 (1).

Nous verrons au chapitre suivant (2) qu'une loi de forme des actes privés, promulguée à la fin de la République exigeait que les titres écrits fussent scellés de 7 cachets. Cette règle le droit civil l'appliquait tout aussi bien au testament qu'aux autres actes. Aussi les tablettes du testament civil étaient-elles régulièrement munies de 7 cachets, mais ce que nous recherchons pour l'instant ce n'est pas le nombre des *signatores*, mais celui des témoins proprement dits.

de l'individu que l'on considère comme capable au moment du testament et qui en fait ne l'est pas. Pour l'esclave qui a témoigné au testament alors qu'il passait pour libre, un rescrit d'Hadrien, inséré au Code (6, 23, 1) nous donne la solution : le testament n'en sera pas moins valable, si le statut du témoin n'est pas contesté au moment du testament ? Faut-il généraliser cette solution, l'étendre par exemple au cas où le témoin serait reconnu n'avoir pas été encore pubère à l'époque de la confection du testament ? Nous le pensons, soit que l'on donne pour fondement à la décision d'Hadrien le *favor testamenti* ou le principe général : *Error communis facit jus*. — Une décision dans le même sens, qui ne nous est pas parvenue, a été rendue par Septime Sévère et Caracalla, au témoignage de Justinien (*Instit.*, II, 10, 7).

(1) Nous étudierons le testament prétorien au chapitre suivant puisqu'il est, en principe, écrit.

(2) *Infra*, pp. 14 ss.

Ce nombre était 5, car le testament civil n'est qu'une application, non modifiée, de la mancipation à la dévolution, à cause de mort, du patrimoine. Nous devons prouver cette assertion, qui est loin d'être universellement admise.

Elle trouve un premier appui dans cette phrase d'Isidore de Séville (1) : *testamentum juris civilis est V testium subscriptione firmatum ; testamentum juris prætorii est VII testium signis signatum*. L'auteur affirme ici de la façon la plus nette que le testament civil exige 5 témoins. Mais Isidore de Séville est un auteur bien suspect. A côté d'informations puisées aux meilleures sources on trouve chez lui des renseignements certainement faux. Adressons-nous aux Institutes de Justinien. Ce dernier, dans l'historique du testament qu'il a placé en tête du titre *De testamentis ordinandis*, II, 10, nous fournira de précieuses indications. Après avoir rappelé sommairement les deux formes les plus anciennes de testament et décrit le testament *per aes et libram*, il ajoute (§ 2) : *Postea vero ex edicto prætoris alia forma testamentorum introducta est ; jure enim honorario nulla emancipation desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria*. Cette dernière proposition est assez délicate à interpréter. Au premier abord, elle semble signifier que les cachets ne sont pas un élément essentiel du testament. Mais une telle inter-

(1) *Orig.* V, 24, § (Bruns, *Fontes* 7, II, p. 81). Cf. encore *C. Theod.*, 4, 4, 3 et surtout l'*Interpretatio ad h. l.*

prétation est certainement fausse, car nous savons que le droit civil, la *lex*, exigeait que le testament fût *obsignatum* (1). Que signifie donc notre passage ? Nous pensons qu'il faut faire porter la négation sur le mot « *testium* » et traduire de la façon suivante : alors que le droit civil n'exigeait pas que ce fussent des cachets de témoins. Telle nous paraît être en effet la différence essentielle (quant à la forme du titre écrit) entre le testament civil et le testament prétorien. Le second exige 7 cachets de témoin, le premier se contente de 7 sceaux quelconques. Cette interprétation se trouve confirmée dans une certaine mesure par la suite du texte des Institutes. Quelques lignes plus loin, en effet, Justinien voulant nous éclairer sur les origines du testament tripartite, nous déclare que le nombre des témoins [7] est emprunté au testament prétorien (2).

Ce ne sont encore là que des allégations théoriques, elles se trouvent vérifiées, suivant nous, par un document concret, le seul testament romain dont nous ayons conservé à peu près intacts les signes de validation, nous voulons parler du fameux testament de Gaius Longinus Castor (3). Ce document porte en effet par deux fois la

(1) Cic., *Verr.*, II, 4, 45, 117 : *Si de hereditate ambigetur et tabulæ testamenti obsignatæ non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*. Le mot *oportet* de la formule fait allusion à une nécessité juridique. Cf. encore *D.*, 48, 10, 6, pr. Africain l. 3, *Quæstionum* (Lenel, 21), fragment suivant lequel le *testamentum*, privé de ses cachets, est *imperfectum*.

(2) *Inst.*, II, 10, 3... *signacula autem et numerus testium ex edicto prætoris*.

(3) Girard, *Textes* 3, p. 772.

série des 7 cachets qui sont exigés par le droit civil sur les actes écrits, mais l'on ne saurait dire qu'il est revêtu de 7 cachets de témoins (1). La première série (cachets du testament proprement dit) contient en effet 7 cachets ainsi répartis : 4 cachets de témoins proprement dits plus le cachet du *libripens*, plus celui de l'*antestatus*, plus celui de l'*emptor familiae*. Que l'on admette ou non la doctrine, suivant laquelle l'*antestatus* est le premier des témoins (2), il est difficile de considérer comme un témoin l'*emptor familiae* (3) qui est théoriquement partie à l'acte (4). Le testament n'a donc pas été fait en présence de 7 témoins. Mais est-il possible d'admettre que 5 témoins y ont assisté ? Cela peut paraître difficile puisque l'acte ne nous mentionne que 4 témoins proprement dits. Le *libripens* est sans doute considéré comme un témoin (5) ; mais il n'en est un que lorsqu'il appose son cachet ; dans l'acte même de la *mancipatio familiae* il est certainement différent des 5 témoins requis. Il faut donc de toute nécessité supposer, ou bien que l'*antestatus* est ce 5^e témoin dont nous

(1) Telle est pourtant l'opinion de la plupart des auteurs qui ont étudié ce texte. Mommsen (*Sitzungsberichte der Berlin. Akademie der Wissensch.*, 1894, p. 56 = *Gesam. Schriften*, I, 438), Scialoja (*Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, t. VII, 1894, p. 18). M. Girard, *Textes*³, p. 772. L'opinion divergente de M. Schupfer (*Riv. ital. per le scienze giurid.*, 1910, p. 303 ss.) ne nous paraît pas davantage acceptable.

(2) Sur la question, V. *suprà*, pp. 45 s.

(3) Sic Karlowa (*Neue Heidelberger Jahrbucher*, 1894, p. 199) et M. Erman (*Z. Sav. St.*, 20 (1899), p. 188).

(4) Cela résulte du passage d'Ulpien, *Reg.*, XX, 3, de Gaius, II, 105 cités, *suprà*, p. 10. V. encore *Inst.*, II, 10, 10 et Ulp., *Reg.*, XX, 7.

(5) Gaius, II, 107 : *Nam et is (libripens) testium numero est.*

avons besoin (solution qui se heurte à de grosses difficultés), ou bien que l'acte oral avait bien été accompli devant 5 témoins proprement dits, mais que pour une raison ou pour une autre, 4 d'entre eux seulement ont apposé leur cachet sur l'acte. La loi n'en était pas moins observée dans ses deux prescriptions, car d'une part les tablettes portaient 7 cachets, et, d'autre part, 5 de ces cachets étaient des cachets de témoins, le *libripens* étant, sous ce rapport, réputé tel.

Quant aux codicilles de ce même testament, ils vérifient une fois de plus notre hypothèse. S'ils portent 7 cachets on ne saurait dire que 7 témoins y sont intervenus ; l'un des sceaux n'est autre en effet que celui du testateur lui-même (1).

Il nous paraît donc démontré que le testament civil s'accomplit, comme la mancipation dont il dérive, devant 5 témoins citoyens romains pubères (2). C'est ce nombre

(1) C'est le 6°. Il n'est donc pas probable, à notre avis, que la disposition de l'édit concernant les 7 témoins du testament ait été appliquée en Egypte. Au contraire la loi de forme concernant les 7 cachets y était appliquée (*Contrà* Karlowa, *art. cit.*, p. 199). Cela est prouvé par le curieux procès-verbal d'ouverture de testament (*B. G. U.*, n° 361) publié et traduit par M. Dareste (*N. R. H.*, 1894, p. 584 ss.). Il n'y est pas question de 7 témoins, mais de ἐπὶ σφραγίσται.

(2) Ajoutons que ce testament devait être assez peu pratiqué, en particulier l'être peu ou pas à Rome où les particuliers avaient tant d'intérêt à jouir du système de la *Bonorum Possessio*. Pourtant le testament d'Auguste, qui nous est connu par Suétone (*Nero*, 4 et *Tiber.*, 23. Cf. *Aug.*, 101, est un testament civil. De même le testament auquel fait allusion Quintilien, *Decl.* CCCVIII, est un testament du droit civil.

5 qui est le *sollemnis numerus* dont parle Ulpien (1), étudiant le droit civil dans son commentaire *ad Sabinum*. Le testament civil de l'époque classique est en principe oral comme la mancipation. En fait, dans la très grande majorité des cas, il sera couché par écrit (2) : c'est le *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*. C'est de cette forme de testament, intermédiaire entre le testament oral et le testament secret, que Gaius nous donne la formule (3). Le droit civil semble même être allé jusqu'à reconnaître la validité du testament secret (4). Quelle que fût d'ailleurs la forme de testament employée, elle comportait un appel aux témoins et une prestation du témoignage. En quoi consistait cette *testimonii per-*

(1) Ulpien, l. 2 *ad Sabinum*, D., 28, 1, 21 (Lenel, 2435). *Heredes palam ita ut exaudiri possint nuncupandi sunt, licebit ergo testantis vel nuncupare heredes vel scribere : sed si nuncupat palam debet. Quid est palam ? non utique in publicum sed ut exaudiri possit : exaudiri autem non ab omnibus sed a testibus : et si plures fuerint testes adhibiti sufficit sollemnem numerum exaudiri.*

(2) Nous possédons pourtant quelques exemples de testament oral, le plus connu est celui d'Horace. Suétone, *Vita Horatii*, cap. ult.).

(3) Pour que le testament fût valable en droit civil, la déclaration devait être faite en termes solennels. Gaius, II, 117, donne la formule suivante, qui était sans doute la plus employée : *Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, itaque vos, quiritis testimonium mihi perhibetote*. Il autorise aussi les formules suivantes : *Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo*. Le testateur peut encore, suivant Paul, l. 4 *ad Vitellium* (D., 28, 5, 59 (58) pr. Lenel, 2090) désigner du doigt l'héritier présent en disant : *Hic mihi heres esto*. La nécessité de la formule solennelle fut supprimée par une constitution de Constantin (a. 539, C. 6, 23, 15).

(4) Cela semble résulter du fragment d'Ulpien cité plus haut (D., 28, 1, 21).

hibitio ? Nous sommes très mal renseignés à son sujet. Nous savons seulement qu'elle comportait des paroles, probablement solennelles, prononcées par les témoins (1). C'est dire que le témoignage a lieu en présence du testateur. Quant aux conditions de temps, on exige pour le testament comme pour tous les actes solennels, l'*unitas actus* (2). L'acte doit s'accomplir en un trait de temps.

Les témoins doivent y assister jusqu'au bout (3), et les auteurs insistent sur la liberté absolue qu'on doit leur laisser (4). C'est leur donner, à ce témoignage public, un moyen efficace de contrôler, de paralyser la volonté du testateur. Si le testament leur paraît injuste, contraire par exemple à l'*officium putatis*, ils pourront refuser leur *testimonii perhibitio*, ils pourront se retirer avant la fin : le testament sera nul. Mais, en même temps qu'ils contrôlent la volonté du testateur, les témoins la certifient. Ils lui donnent une valeur quasi-authentique, et sont, à cet égard, comparables aux témoins des *testationes* et

(1) Paul, *Sent.*, III, 4^a, 4... *Quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes*. L'expression *testimonium perhibere* n'est d'ailleurs pas technique pour désigner la prestation du témoignage instrumentaire. Elle désigne aussi la déposition en justice. *D.*, 22, 5, 13. Papinien, *l. 1 de adulteriis*. Lenel, 8.

(2) Ulpian, *l. 2 ad Sabinum*. *D.*, 28, 1, 21, 3 (Lenel, 2438) : *Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat testamentum non vitatur*.

(3) Ulpian, *D.*, 28, 1, 20, 8, *l. 1 ad Sab.* (Lenel, 2430) : *Et veteres putaverunt, eos, qui propter solemnia testamenti adhibentur durare debere, donec suprema contestatio peragatur*.

(4) *h. t.*, 20, 10 : *Sed si detenti sint i. viti ibi testes, putant non valere testamentum*.

des *denuntiationes*. Enfin ils remplissent une troisième fonction, difficilement séparable de la seconde, une fonction probatoire. Celle-ci paraît en pleine lumière dans l'écrit qui est dressé après l'accomplissement de l'acte. Un scribe couche par écrit la déclaration qui vient d'être faite verbalement et les témoins apposent leur cachet sur la tablette affectée à cet usage. Ces cachets permettront de les rechercher et de les faire déposer au procès ou même de les impliquer dans les poursuites si l'authenticité du testament est contestée.

SECTION III. — Les testationes légales.

Avant de passer à l'étude du témoignage écrit, il nous faut examiner rapidement quelques applications du témoignage instrumentaire oral qui furent faites par des lois particulières datant de la fin de la République ou du début du Principat.

Nous avons vu — et nous verrons encore au chapitre suivant, — qu'avec les progrès de la culture et les nécessités de plus en plus impérieuses de la preuve, l'habitude s'était répandue de faire intervenir dans beaucoup d'actes qui n'en comportaient pas auparavant des témoins dont le rôle était précisément, tout à la fois de donner à l'acte une valeur officielle et inattaquable, et de garantir l'authenticité de l'acte écrit qui était généralement rédigé immédiatement après. Une loi ignorée avait consacré

ce principe en faisant des 7 cachets une condition de validité de forme des actes écrits. Cette loi n'est pas isolée. Elle se rattache à un ensemble de dispositions législatives. Il semble qu'à cette époque se soit constituée, très probablement sous l'influence des titres écrits, une forme générale de témoignage consistant dans la présence de sept citoyens romains pubères (1).

Nous rencontrons en effet, pendant cette période de la fin de la République et du début du Principat, trois lois qui exigent cette forme de témoignage dans des hypothèses déterminées et précises : la loi *Ælia Sentia*, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, le *senatusconsultum Claudianum*.

Le cas visé par la loi *Ælia Sentia* (a. 757) est le suivant : un affranchi mineur de 30 ans devenu Latin par le bénéfice de la loi *Ælia Sentia* et ayant épousé une Romaine ou une Latine pourra parvenir à la cité romaine s'il a un enfant mâle âgé de plus d'un an. L'accomplissement de ces conditions devra être attesté par 7 témoins citoyens Romains pubères (2).

(1) Ces idées se trouvent en germe, sous une forme assez peu précise, dans certains écrits de Mommsen (*De collegiis...* (1840), p. 104, *Berichte über die Verhandlungen des Königl. Sächs. Gesellsch. der Wissensch.*, B. III, p. 376 = *Ges. Schr.*, III, p. 278. Compte-rendu de Escher, in *Gesammelte Schriften*, III, 503. Compte rendu de Asverus, *ibid.*, p. 524 s.) et sont exprimées nettement dans divers travaux de M. Erman (V. en particulier, *Z. Sav. St.*, 20 (1899), pp. 188 s.).

(2) Gaius, I, 29... *Idque testati fuerint adhibitio non minusquam VII civibus Romanis puberibus*. Ulpien, *Reg.*, III, 3, attribue cette prescription à la loi *Junia* : *Nam lege Junia cautum est...*

La loi *Julia de adulteriis* (a. 736) exige, pour donner effet au divorce, qu'il soit fait en présence de 7 témoins remplissant ces mêmes conditions de capacité (1).

Le sénatus-consulte Claudien (52 après J.-C.) règle la situation de la femme libre qui a des rapports avec l'esclave d'autrui. Il attribue cette femme au maître de l'esclave, mais exige qu'auparavant celui-ci ait averti par trois fois la femme au moyen d'une *denuntiatio*. Or cette *denuntiatio* comportait la présence de 7 témoins citoyens romains (2).

Ces trois dispositions législatives ont certainement

(1) Paul, *l. 2 de adulteriis* (Lenel, 8), *D.*, 24, 2, 9 : *Nullum divor-tium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis præter libertum ejus qui divortium faciet*. Cf. Ulpien, *D.*, 38, 11, 1, 1 ; *l. 47 ad ed.* (Lenel, 1204). La formalité du divorce pouvait d'ailleurs se faire aussi bien par écrit que par oral. Cf. Isidor., *Or.*, IX, 7, 24. M. Zeumer, *Neues Archiv*, 24, 1899, p. 622, montre quel intérêt pou-vaient avoir ces témoins au sujet de la preuve, en cas de remariage de la femme divorcée.

(2) Cela résulte de l'*interpretatio* wisigothique du Code Théodosien, 4, 12, 2 : *Septem testibus civibus Romanis præsentibus tertio ex senatus-consulto denuntiandum*, et de la paraphrase de Théophile aux *Institutes*, 3, 12, 1 : ἐξῆν μοι πέμψαι αὐτῇ παραγγελίαν ἐπὶ ἑπτὰ μαρτύρων. La question est de savoir si cette prescription se trouvait dans le texte primitif du sénatus-consulte ou si elle n'a pas été ajoutée par une constitution de Constantin qui ne nous serait pas parvenue. Bruns (7 *Zeugen*, p. 128) croit qu'il s'agit d'une innovation de Constantin, car ni Gaius (I, 91 et 160), ni Ulpien (*Reg.*, XI, 11), ni surtout Paul qui donne sur la matière un certain nombre de détails (*Sent.*, II, 21 A, 17) ne mentionnent cette particularité des 7 témoins. L'argument n'est pas très probant, car il se peut fort bien qu'à l'époque classique ce fût une coutume ou une exigence légale de faire venir 7 témoins aux *denuntiationes* (Cf. *suprà*, p. 102). Les auteurs, se référant implicitement au droit commun, n'avaient pas à préciser davantage.

pour objet de remédier à la dépopulation et au relâchement des mœurs dont les effets commençaient dès lors à se faire sentir, mais on peut se demander si elles n'ont pas accessoirement un autre rôle qui touche directement notre sujet et qui serait de mettre en honneur le témoignage instrumentaire. Il y aurait eu, à ce moment, une sorte de courant en faveur des institutions démocratiques et comme un regain d'activité de l'esprit républicain. Une des formes principales de cette activité est précisément cet emploi du cachet, cet usage général du témoignage instrumentaire. Certifié par 7 citoyens, tout acte, toute déclaration prend une valeur considérable « quasi-publique » (1). C'était donner aux Romains l'illusion de la souveraineté. D'après M. Erman, qui a écrit à ce sujet quelques pages ingénieuses et brillantes (2), ce mouvement aurait été sinon provoqué du moins favorisé par le pouvoir qui aurait vu dans cet exercice inoffensif de la souveraineté civile un dérivatif excellent aux aspirations démocratiques. Le gouvernement laissait d'autant plus volontiers les citoyens exercer ce semblant de souveraineté qu'il en gardait pour lui toute la subs-

(1) Le témoignage instrumentaire paraît avoir joué en Grèce un rôle analogue. Cf. Egger, *Journal des Savants*, nov. 1877, p. 671 : « Les témoins de l'inscription de Dodone... sont probablement des témoins instrumentaires pris dans les deux peuples voisins du temple en vue de légaliser, comme nous dirions aujourd'hui, par leur signature, l'expédition de la sentence arbitrale. Rien n'est plus naturel qu'une telle formalité. On la retrouve dans les actes d'affranchissement conservés en si grand nombre sur le mur du temple de Delphes.

(2) *Zum Antiken Urkundenwesen*, *Z. Sav. St.*, 26 (1905), p. 461 s.

tance. Il contribua donc, dans une certaine mesure, à mettre en honneur ce que M. Erman a appelé le « romantisch-kindliche Kult des annulus » (1). Ajoutons qu'on peut voir un autre symptôme de cette tendance dans l'acte de Sulla allant chercher dans l'arsenal des XII Tables, pour la forger à nouveau, l'arme rouillée de l'intestabilité.

Telle est la théorie de M. Erman. Sans nier qu'elle contienne une part de vérité, nous ne pouvons cependant nous dissimuler qu'elle est en grande partie conjecturale. Que l'existence du témoignage instrumentaire fonctionnant au milieu d'une société déjà fortement centralisée et hiérarchisée soit un phénomène assez remarquable, que les autorités n'aient pas cherché à le réduire soit en étendant le pouvoir des magistrats, soit en constituant des corporations analogues à nos offices ministériels, que ce pouvoir enfin attribué à la présence de 7 citoyens soit un reste d'esprit démocratique, tout cela est certain, mais rien ne nous dit que le gouvernement ait provoqué ou encouragé le témoignage instrumentaire, qu'il ne l'a pas simplement toléré. Les dispositions législatives que nous rencontrons peuvent fort bien n'avoir été qu'une réglementation d'un état de fait préexistant et non une création faite en vue d'un but déterminé. En réalité, par le détour de l'écrit que l'on dressait lors de la passation de tout acte juridique, le témoignage avait pris possession d'un

(1) *Loc. cit.*, p. 461.

vaste domaine. Il avait pénétré sur le terrain des obligations qui lui était jadis interdit. Il n'est pas étonnant qu'il ait alors joui d'une vogue plus grande, que l'on ait considéré comme une peine de perdre le droit de témoigner, qu'on ait enfin étendu ce témoignage, sous sa forme normale, à des hypothèses particulières. Vouloir y trouver des raisons politiques c'est peut-être chercher bien loin une cause bien simple. Des raisons de cet ordre peuvent expliquer la tolérance du pouvoir vis-à-vis de ces manifestations « démocratiques », la peine qu'eut le notariat à naître et à se développer à Rome, mais l'extension du témoignage instrumentaire au dernier temps de la République et au début du Principat s'explique presque exclusivement, à notre avis, par l'influence du témoignage écrit que nous étudions au chapitre suivant.

Quelle que soit d'ailleurs la cause du développement du témoignage instrumentaire en droit classique, ce développement même est indéniable. L'étude des diverses *testationes* nous a montré tout d'abord que le champ d'application du témoignage s'élargit singulièrement et qu'il s'emploie à réaliser un grand nombre de fins juridiques, encore que le manque de systématisation théorique se fasse vivement sentir et l'empêche de prendre l'aspect d'une institution juridique véritable. D'un autre côté nous avons vu, au cours de cette période, un effort constant vers l'unification des formes du témoignage instrumentaire. Qu'il s'agisse du testament, des *testationes* privées ou des *testationes* légales, on saisit partout

une tendance qui porte le témoignage instrumentaire vers une forme normale et unique, les VII *c. R. p.* L'étude du témoignage instrumentaire écrit nous fera assister à la même évolution, en même temps qu'elle nous éclairera sur les origines de cette formule.

CHAPITRE II

LE TÉMOIGNAGE ÉCRIT

SECTION I. — La loi de forme des actes.

L'édit tralatice du préteur urbain, en 680, portait, au rapport de Cicéron (1) dont nous n'avons aucune raison de soupçonner ici la véracité, que la *bonorum possessio* serait accordée à celui qui présenterait des tablettes testamentaires cachetées *non minus nullis signis quam e lege oportet*. Nous avons déjà fait observer qu'il y avait là une allusion peu claire à une loi qui contenait des dispositions sur la forme des actes privés, loi qui ne nous serait pas parvenue. Si telle nous paraît être l'interprétation la plus simple et la plus normale du texte, ce n'est pourtant pas la plus généralement admise. Certains auteurs pensent qu'il ne faut pas attribuer au mot *lex* un sens si précis, et que le préteur, prétendant s'appuyer sur la *lex*, s'appuyait en réalité sur un droit qu'il créait lui-

(1) *Verr.*, II, I, 43, 117 : *Si de hereditate ambigetur et tabulæ testamenti obsignatæ non minus nullis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*. Nous ne possédons sur cette *pars tralaticia* de l'édit aucun renseignement qui nous permette de la dater. Elle est probablement antérieure d'au moins quelques années à la préture de Verrès (680).

même. Mais c'est là une hypothèse tout à fait arbitraire (1).

D'autres voient dans les mots *ex lege* une allusion à la loi des XII Tables, qui est la loi par excellence. Mais il est également très hardi de supposer que la loi des XII Tables réglementait le nombre des témoins à la mancipation, et même, cela admis, toutes les difficultés ne seraient pas aplanies (2). D'un autre côté, il nous semble impossible de trouver, parmi les lois qui nous sont connues dans leur teneur, une disposition à laquelle l'édit de Verrès ait pu vraisemblablement se référer. On a songé à la loi Cornelia *testamentaria* (2). Il vaut mieux, croyons-nous, admettre qu'il s'agit d'une loi ignorée.

(1) Savigny in *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft*, B. I, p. 86, n. 14 = *Vermischte Schriften*, I, Berlin, 1850, p. 136, n. 3. « Die Worte *e lege* heissen wohl hier so viel als *jure*, ohne auf einen einzelnen Volksschluss oder auch nur ausschliessend auf das Civilrecht im Gegensatz des prætörischen, zu gehen. »

(2) On ne peut pas davantage admettre avec Dernburg, *Beiträge*, p. 217, que le mot *lex* se réfère simplement au droit civil. Voici, semble-t-il, comment il faudrait l'entendre : le testament civil se compose de deux actes, la *mancipatio familiæ* et la *nuncupatio*. Or, pendant la *nuncupatio*, le *libripens* et l'*emptor familiæ* sont de simples assistants, ils ne jouent aucun rôle. Le préteur, en supprimant l'obligation à la *mancipatio familiæ*, aurait tout naturellement exigé les cachets des « 7 témoins du droit civil ». Cette théorie est assez séduisante, mais elle est inacceptable, car, s'il est vrai que le *libripens* soit qualifié de *testis*, il n'en est pas de même de l'*emptor familiæ* qui est, sous la République, et même au temps classique, partie à l'acte, et non témoin.

(3) Cette hypothèse avait déjà été proposée par Huschke (*T. Flavii Syntrophii instrumentum*, p. 84). Mommsen (*Gesam. Schrift.*, III, p. 525) la cite dubitativement, comme aussi M. Girard (*Manuel* ⁴, p. 806) sous le nom de *lex Cornelia de captivis*. Ce sont là sans doute différentes dénominations de la *lex Cornelia de falsis*, proposée en 673 par le dictateur Sulla. Il paraît douteux que cette loi ait contenu dans sa teneur

Quel pouvait en être l'objet? Très certainement elle avait rapport à la forme des actes privés ou de quelqu'un d'entre eux et exigeait qu'ils portassent un certain nombre de cachets. Nous admettrons — ce n'est encore qu'une hypothèse — que cette loi réglementait la forme de tous les actes privés et exigeait qu'ils fussent scellés de 7 cachets. Nous devons donc démontrer qu'à partir de cette loi tous les actes privés écrits doivent porter des cachets et que ces cachets étaient au nombre de 7. Mais il nous faut d'abord déterminer la portée de cette loi. Ces cachets étaient destinés à donner à l'acte écrit une certaine valeur authentique. Dans cette notion d'authenticité se mêlent, à des degrés divers et difficiles à évaluer, une idée politique et une idée judiciaire. Certes le titre scellé de 7 sceaux avait une valeur probatoire considérable, mais, si telle avait été la seule fonction des cachets, pourquoi en aurait-on exigé un nombre fixe, assez considérable, fort nuisible aux transactions? La seule réponse vient du caractère politique que le témoignage tire de ses lointaines origines et qu'il conserve encore dans cette nouvelle application. Ainsi, jusque dans le témoignage écrit se perpétue l'unité de l'institution.

une disposition d'une telle portée, car Paul qui nous en donne (*Sent.*, V, 25) un commentaire étendu nous l'aurait sans doute signalée. Pourtant cette objection n'a pas une grande force, car la disposition en question n'avait plus, nous le verrons, au III^e siècle, qu'un domaine d'application très limité. Sans exclure absolument l'hypothèse précédente, il nous paraît préférable de supposer avec Mommsen (*loc. cit.*) l'existence d'une loi générale qui ne nous serait pas parvenue.

Elle s'y manifeste par le caractère obligatoire des cachets et par le minimum légal de ceux-ci. C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

1. Qu'à l'époque classique tous les actes juridiques dussent être munis de cachets, c'est ce qu'il ne nous sera pas difficile d'établir. En effet, il n'est presque pas d'acte concret qui nous est parvenu, qui ne soit accompagné d'un certain nombre de sceaux et tous ceux où ils font défaut peuvent être facilement considérés comme incomplets ou comme des brouillons dépourvus de valeur juridique. Tous les actes juridiques étaient à cette époque écrits sur des tablettes de bronze ou de bois enduit de cire. Ces tablettes n'étaient jamais isolées, mais étaient réunies par deux ou par trois constituant ainsi des sortes de cahiers à quatre ou à six pages que l'on nomme diptyques et triptyques (1). Or, sur chacun de ces diptyques ou de ces triptyques, une place était invariablement réservée à l'apposition des cachets. La coutume de l'*adsignatio* était donc, à l'époque classique, une pratique générale et obligatoire. Comment s'était-elle introduite ?

Si nous en croyons Macrobe (2), les anciens Romains avaient chacun leur cachet qui n'était pas un ornement,

(1) On trouvera un bon exposé de nos connaissances sur la forme des actes privés dans Kroell, *Du rôle de l'écrit dans la preuve des contrats en droit romain*. Th. Nancy, 1904. Cf. Girard, *Textes*, p. 802 et 820.

(2) *Saturn.*, VII, 13 : *Veteres non ornatus, sed signandi causa annulum secum circumferebant. Unde nec plus habere quam unum licebat nec cuiquam nisi libero.*

mais bien plutôt la marque de leur personnalité juridique. Aussi le cachet n'appartenait-il qu'aux hommes et non aux femmes (1), aux hommes libres et non aux esclaves (2). Par une autre conséquence de la même idée, un citoyen ne pouvait avoir qu'un sceau. Nous ne possédons malheureusement aucun détail sur ce *signum* de la Rome ancienne. Macrobe nous dit que l'on s'en servait pour cacheter les titres écrits, et cela paraît probable (3). A une époque où l'autographe n'était pas encore répandu, le sceau était avant tout une garantie d'authenticité. Il était, comme dit Cicéron (4), *testis voluntatis*. Chez les Comiques nous trouvons de nombreux exemples où la reconnaissance d'un *signum* produit un coup de théâtre (5). Les complices de Catilina sont convaincus par des lettres cachetées de leur sceau (6).

A mesure que l'écriture se répandait dans la société romaine, l'usage du cachet diminuait. Pareil fait s'était déjà produit en Egypte où, au témoignage de Pline (7),

(1) Isd., *Orig.*, XIX, 32, 4, *Feminæ non usæ sunt anulīs nisi quos virgini sponsus miserat.*

(2) Cf. p. 144, n. 2, *in fine*.

(3) Sic : Deloche, *Le port des anneaux dans l'antiquité romaine*. Mém. Acad. Inscriptions, t. XXXV, 1896, p. 243.

(4) *Ad Quintum fr.*, I, 1, 13 : *Sit annulus tuus non ut vos aliquod, sed tanquam ipse tu, non minister alienæ voluntatis, sed testis tuæ.*

(5) *Bacchid.*, IV, 4, 19 ; *Curc.*, V, 2, 37-40, etc.

(6) Cicéron, *Catilin.*, III, 5, 12 : *Vollurcius vero subito litteras proferri et aperiri jubet, quas sibi a Lentulo ad Catilinam datas esse dicebat. Atque ibi vehementissime perturbatus Lentulus tamen et signum et manum suam cognovit.* Cf. *ibid.*, 10 et 13.

(7) *Hist. nat.*, 33, 1.21 : *Non signat Oriens et Ægyptus etiam nunc litteris contenta solis.* Contrairement à ce que pourrait donner à

on ne pratiquait que l'autographe. Sous l'Empire, à Rome, le cachet n'est plus le symbole de l'individualité juridique, car d'une part les femmes et même les esclaves peuvent en porter (1), et d'un autre côté les hommes libres peuvent en avoir plus d'un (2), ou même n'en avoir pas (3). Alors même qu'ils n'en ont qu'un, ce cachet peut être banal. Il ne porte pas en lui-même la marque de son propriétaire. Malgré ce désordre on continuait à se servir du cachet lors de la rédaction des actes écrits, devenus de plus en plus nombreux. Il présentait en effet des avantages divers d'ordre pratique et d'ordre juridique.

Au point de vue pratique, d'abord, le sceau apposé sur le fil qui reliait les deux ou trois tablettes dont nous avons parlé garantissait la fermeture absolue de l'acte et, par là même, mettait un obstacle sérieux à toute tentative de falsification. Sans doute il était difficile de falsifier les tablettes (4), mais la chose n'était pas impossible (5) et l'apposition du cachet constituait une utile précaution.

penser cette assertion de Pline, l'usage du cachet était très répandu en Orient. Cf. pour le droit égyptien, Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 54 et 58. Pour l'Assyrie, Oppert et Menant, *Documents jur. de l'Assyrie et de la Chaldée*, 1877, p. 144 ss.

(1) Cela résulte pour les esclaves du texte de Macrobe cité plus haut, pour les femmes, de certains actes concrets de Pompéï (chirographes).

(2) Macrobe, *loc. cit.*

(3) Justinien, *Inst.*, 2, 10, 5, prête à Pomponius l'opinion suivante : *Possunt et uno annulo signare testimonium.*

(4) Voir sur la matière H. Eрман, *La falsification des actes dans l'antiquité*, in *Mélanges Nicole*, 1905, pp. 111-134.

(5) Cicéron, *Pro Cluentio*, 14, 41 : *Eadem hac Dinæa testamentum faciente cum tabulasprehendisset Oppianicus, qui gener ejus fuisset,*

Mais surtout le cachet présentait un intérêt juridique considérable. Dans un acte public, il manifeste la coopération de celui qui l'appose et cette coopération n'est pas uniquement verbale. Les *signatores* d'un acte faux ont une part de responsabilité et sont englobés dans les poursuites dirigées contre le faussaire (1). Sans doute on pourra prouver qu'il y a eu abus du cachet, mais c'est là une circonstance accessoire, accidentelle, due à la mauvaise organisation des cachets romains. Dans l'acte public le *signator* est en principe coauteur (2). Dans l'acte

digita legata delevit, et cum id multis locis fecisset, post mortem ejus, ne lituris coargui posset, testamentum in alias tabulas transcriptum signis adulterinis obsignavit.

(1) Jusqu'à Auguste dans les procès de faux testament intentés en vertu de la loi Cornelia *de falsis*, les témoins étaient condamnés avec l'auteur du faux. Auguste admit leur bonne foi. Suétone, *Aug.*, 33 : *Et cum de falso testamento ageretur, omnesque signatores lege Cornelia tenerentur, non solum duas tabulas damnatoriam et absolutoriam simul cognoscentibus dedit, sed tertiam quoque, qua ignosceretur iis quos fraude ad signandum vel errore inductos constitisset.* Un sénatus-consulte du début du Principat étendit la répression de la loi Cornelia au complice de la falsification des titres autres que le testament. Ulpien, *libro 8 de officio proconsulis* (Lenel, 2206) (*D.*, 48, 10, 9, 3 = *Collatio*, VIII, 7, 1).

(2) Une très intéressante application de cette collaboration des *signatores*, collaboration qui entraîne un partage de responsabilité, nous est fournie par un fragment de Paul tiré du livre 2 de ses *responsa* (Lenel, 1450) et inséré au *Digeste*, 3, 2, 21 : *Titius crimen intendit Gaio Seio quasi injuriam passus atque in eam rem testationem apud præfectum prætorio recitavit ; præfectus fide non habita testationis nullam injuriam Lucium Titium passum esse a Gaio Seio pronuntiavit ; quæro an testes quorum testimonium reprobatum est quasi ex falso testimonio inter infames habentur. Paulus respondit nihil proponi cur hi, de quibus quæritur, infamium loco haberi debeant, cum non oportet ex sententia sive justa sive injusta pro alio habita aliam prægravari. La testatio dont il est question ici*

secret le sceau présentera dans une certaine mesure une utilité probatoire. Il permettra de rechercher les assistants qui pourront donner non pas tant sur l'acte attaqué lui-même que sur son auteur et sur les circonstances où il a été fait les renseignements les plus utiles.

Enfin et surtout, dans un cas comme dans l'autre, la présence des cachets est la marque palpable, incorporée dans le titre même, que l'acte possède sa pleine et entière efficacité juridique, qu'il a été accompli en présence du nombre de citoyens requis par la loi. Non revêtu de ces cachets il ne serait pas dépourvu sans doute de toute valeur probatoire puisque le droit romain classique n'a pas de système de preuves légales. Mais cette valeur probatoire serait considérablement diminuée.

2. Le nombre de cachets exigé par la loi pour donner cette valeur aux titres écrits, était, nous l'avons dit, le nombre 7. Si nous nous croyons ici encore en présence d'une règle générale, c'est que nous ne rencontrons pas

est celle que rédige un accusateur qui intente l'action d'injures par voie extraordinaire devant le préfet du prétoire. L'acte d'accusation est, comme il arrive d'ordinaire, muni des cachets d'un certain nombre de *subscriptores* qui s'associent à la poursuite (Cf. Bruns, *Die Unterschriften in den Römischen Rechtsurkunden*, in *Abhandlungen der Berliner Akademie der Wissenschaften*, 1876, pp. 41-138 = *Kleinere Schriften*, II, p. 37-118, pp. 49 à 54, et Mommsen, *Droit pénal*, II, 42). L'accusateur imprudent sera puni directement par voie extraordinaire (Paul, *Sent.*, V, 4, 11), sans procédure de *calumnia* (Mommsen, *op. cit.*, p. 187). La question posée est celle de savoir si, du seul fait de la non-admission de la plainte, les *signatores* seront également punis comme faux témoins. Le jurisconsulte donne une réponse négative, qui désolidarise nettement les *signatores* d'avec l'accusateur.

d'exception au principe, ou du moins les exceptions sont si peu nombreuses qu'elles ne nous semblent pas infirmer la règle. Bruns (1), se basant sur une édition défectueuse des tablettes de Pompeï, avait cru pouvoir admettre que certaines d'entre elles ne portaient que 5 cachets. Mais une lecture plus attentive, dont les résultats nous ont été livrés dans la belle édition de Zangemeister (2), montre clairement qu'aucun des documents que nous avons des raisons de croire complets ne contient moins de 7 cachets (3). Il en est de même de tous les actes concrets qui nous sont parvenus isolément, quelles qu'en soient la nature et la provenance (4). Il en est de

(1) 7 *Zeugen*, p. 133.

(2) *C. I. L.*, t. IV, suppl. I (1898). Cf. Erman, *Z. Sav. St.*, t. 20 (1899), pp. 188 ss.

(3) Réserve faite des chirographes qui, nous le verrons, sont des actes d'origine et de nature toutes différentes.

(4) 1° Les deux actes de *cretio* découverts en Egypte par M. Seymour de Ricci et publiés par M. Girard in *N. R. H.*, 1906, p. 479 ss. (Bruns, *Fontes*¹, p. 319 s.), portent, le premier probablement, le second sûrement, 7 cachets. 2° Il en est de même du procès-verbal de déclaration de naissance publié à la même place (Bruns, *Fontes*², p. 420). 3° L'acte d'affranchissement de l'an 221 (Girard, *Textes*³, p. 849) porte 7 cachets dont celui de l'auteur de l'affranchissement. 4° Le testament de Longinus Castor, déjà cité, porte deux séries de 7 cachets, une première fois pour le testament lui-même, une seconde pour les codicilles. 5° Au contrat de vente d'Antioche, de l'année 166 (*British Museum Papyri*, n° 229), publié par M. Thompson, *Archæologia*, 1893, p. 233, Girard (*Textes*³, p. 809) ne sont intervenus que 3 témoins, mais l'acte porte 7 cachets. 6° Enfin l'acte, de nature contestée : testament suivant Wilcken (*Archiv für Papyrusforschung*, I, 19), reconnaissance de dette suivant Arangio Ruiz (*La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii*, p. 236, n. 1), publié in *B. G. U.*, II, n° 600 porte les cachets de 7 témoins.

même des actes de vente de Transylvanie, à l'exception de deux (1). Il en est de même enfin des diplômes militaires (2).

D'où vient ce nombre 7 ? La question préoccupe depuis longtemps les romanistes. D'après une théorie soutenue et développée par Bergmann (3) et adoptée par Schrader (4), il ne faudrait voir dans nos 7 témoins qu'une application particulière du nombre 7, nombre qui était considéré chez les Anciens (5) comme doué d'une vertu particulière et dont le culte aurait passé à Rome avec la philosophie pythagoricienne.

Cette opinion paraît aujourd'hui abandonnée, et l'on est d'accord pour faire dériver des témoins de la mancipation les 7 cachets que nous voyons sceller les actes privés. Mais comment a-t-on passé du nombre 5 au nombre 7. Voici quelle est, à notre avis, la conjecture la plus vraisemblable : La pratique de l'écriture avait, à la fin

(1) *Sic* Mommsen, *C. I. L.*, III, p. 922. Les titres que nous avons des raisons de croire complets portent 7 cachets (parmi lesquels se trouve souvent celui du débiteur et parfois aussi celui de la caution) à l'exception du numéro V qui n'en porte que 5 et du numéro X qui n'en porte que 3.

(2) *C. I. L.*, III, 1955 ss. Tous les diplômes qui nous sont parvenus intégralement portent invariablement 7 cachets. Porte aussi 7 cachets le rescrit d'Antonin le Pieux aux Smyrniens, de l'an 139. Bruns, *Fontes*, p. 257.

(3) *De numero septenario in testamentis* (2^e éd. Leipzig, 1748), p. 25 ss.

(4) Schrader, *Ed. Corpus juris civilis*, t. I (*Institutes*, Berlin, 1832), ad *Inst.*, II, 10, 2, v^o *Septem*, p. 288.

(5) [Par ex. Macrobe, *In Somn. Scipionis*, I, 6.

de la République, établi la coutume de rédiger une sorte de memorandum de l'acte juridique oral qui venait de s'accomplir. Cette coutume recevait sa principale application dans les actes *per æs et libram* qui étaient les plus nombreux et les plus importants. Les procès-verbaux de ces actes étaient munis des cachets des assistants. Or 7 personnes au moins assistaient généralement à l'acte *per æs et libram*, les 5 témoins, le *libripens* et l'*antestatus*, de sorte que le titre écrit était revêtu de 7 cachets dont 6 cachets de témoins, le *libripens* étant considéré comme témoin (1). Il arrivait aussi (nous en avons de nombreux exemples) qu'une des parties apposât son cachet sur le titre (2). Quoi qu'il en soit de ces variantes, il nous paraît certain qu'à la fin de la République c'était devenu un usage constant, de faire cacheter par 7 personnes au moins le titre écrit constatant l'acte juridique. Le législateur ne fit que sanctionner cet état de fait en exigeant 7 cachets sur les actes privés. Il ne spécifiait d'ailleurs nullement la provenance de ces cachets. Il se contentait de 7 sceaux quelconques, et c'est pourquoi, si tous les titres qui nous ont été conservés portent en effet 7 cachets, l'origine de ceux-ci est si variée. Seul le testament, pour être valable aux yeux du préteur, plus

(1) Telle est la doctrine exposée, sous une forme un peu dubitative, par Huschke (*T. Flavii Syntrophii instrumentum donationis*. Breslau, 1838, p. 84).

(2) Ainsi sur le testament (civil) l'*emptor familiæ* pouvait apposer son cachet, sur le contrat de vente, le vendeur, etc...

strict sur ce point que le droit civil, devait porter 7 cachets de *témoins*.

Le législateur inconnu, qui, vers l'époque de Sulla, réglementa la forme des actes privés ne fit donc, à notre avis, que sanctionner un état de fait. Mais si l'origine et les motifs de cette disposition législative sont relativement faciles à discerner, il en est tout autrement de sa sanction. Le mot *oportet*, qui figure dans l'Edit le plus ancien, nous paraît prouver qu'il s'agit bien là d'une obligation légale, et non d'une simple faculté. Mais qu'arriverait-il si l'on contrevenait à cette obligation, si par exemple le titre ne présentait que 3 ou 4 cachets ou n'en portait pas un seul ? Sans doute l'acte juridique n'en était pas vicié (1). Il n'y a pas de comparaison à établir entre cette hypothèse et celle d'une mancipation effectuée devant 4 témoins. L'acte juridique demeurant intact, seule la valeur du titre était diminuée.

Tout le problème consiste dans la mesure de cette diminution. Mommsen (2) avait cru pouvoir admettre que tout titre scellé de 7 cachets avait par lui-même une valeur probatoire quasi-légale. Mais nous verrons plus

(1) Un texte de Scævola l'affirme très nettement (Scævola, *l. 27 digestorum*, *D.*, 20, 1, 34, 1), Lenel, 117. On posait au jurisconsulte la question de savoir : *an pignus contractum sit an vero ea epistula* (une lettre qu'on lui soumettait) *nullius momenti sit, cum sine die et consule sit : respondit cum convenisse de pignoribus videtur non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi vel tabulæ signatæ non sint*. Cf. Gaius, *l. singulari de formata hypothecaria*, *D.*, 22, 4, 4, Lenel, 399.

(2) V. par ex. C. R. d'Asverus. *Gesammelte Schriften*, III, p. 523.

loin, au sujet de l'ouverture des testaments, qu'il n'est pas possible de s'en tenir rigoureusement à cette conception. Le titre écrit doit être prouvé par la déclaration de ceux qui y ont apposé leur sceau. Dès lors il n'est pas possible de trouver, au point de vue de la preuve, une différence *essentielle* entre les titres rédigés conformément à la loi et les titres rédigés sans formes. Entre la valeur probatoire des uns et des autres il n'y a qu'une différence de degré. L'état défectueux de nos sources ne nous permet pas de préciser davantage.

Il nous paraît donc certain que le nombre 7, que consacre notre loi, tire son origine de la pratique de la mancipation écrite. C'est par ce moyen indirect que ce nombre s'imposa à l'esprit des Romains au point de devenir pour eux la condition essentielle d'une homologation véritable. L'usage s'en généralisa, non pas seulement dans les actes écrits qui ne comportent pas d'*æs et libra*, mais aussi, vraisemblablement, dans les actes juridiques oraux.

Ainsi nous pouvons admettre comme un principe démontré en l'état présent des sources, qu'il existe, au moins à partir des premières années du premier siècle de notre ère, une forme générale, normale (1) et légale, de rédaction des actes écrits et que cette forme consiste en l'apposition de 7 cachets de citoyens romains pubères.

(1) « Normalform der Testierung » dit M. Erman, *Z. Sav. St.*, 26 (1905), p. 437. *Contra* Mitteis, *Römisches Privatrecht*, p. 295, n. 16.

Il nous faut maintenant examiner d'un peu plus près certaines catégories particulièrement intéressantes d'actes écrits.

SECTION II. — Le testament écrit.

La loi qui exigeait 7 cachets sur les actes écrits s'appliquait tout aussi bien au testament qu'aux autres titres. Mais cet acte fut l'objet d'une réglementation spéciale de la part du préteur. Dans l'édit tralatice du temps de Cicéron (1), le préteur s'appuyait sur la loi et n'exigeait rien de plus qu'elle. Il promettait la *bonorum possessio* si on lui présentait un testament légalement valable au point de vue de sa forme. C'était là, quant au fond, une innovation considérable. Mais quant à la forme, le préteur ne modifiait rien encore. C'est seulement plus tard, sans doute à la suite de quelque retentissante affaire de faux testament, que le préteur intervint (2), bien timidement d'ailleurs, pour protéger les héritiers du sang contre des collusions possibles. On sait que les captations d'héritage étaient fort nombreuses au début du Princi-

(1) Cic., *Verr.*, II, 1, 45, 117, plusieurs fois cité déjà.

(2) Gaius, II, 149 : *Prætor tamen si septem signis testium sit testamentum scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur*. Cf. Id. *Ibid.*, 147. Ulpien, *Reg.*, XXIII, 6. — M. Lenel (*Edictum*², 1907, titre XXV, p. 330) restitue ainsi l'édit d'Hadrien : *Si tabulæ testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatæ*.

pat (1). Jugeant les prescriptions de la loi trop larges, le préteur exigea, pour donner la *bonorum possessio*, que les testaments ne fussent plus scellés de 7 cachets quelconques, mais de 7 cachets de témoins (2). Cette innovation prétorienne a certainement eu lieu entre la date où Cicéron écrit ses *Verrines* et celle où Gaius écrit ses *Commentaires*. Il ne nous est pas possible de préciser davantage.

Au reste la véritable innovation prétorienne consistait dans la suppression de presque toutes les conditions de fond (3) pour la validité du testament. Dé cet édit la jurisprudence tira, non sans hésitation, semble-t-il, la validité du testament secret. Peut-être le préteur n'avait-il pas voulu ni prévu cette grave conséquence. Toujours est-il que sous les Antonins la transformation est opérée ; il existe deux testaments écrits, l'un civil, le *testamentum nuncupatorium in scripturam redactum* et le testament secret (4). Le sénatus-consulte néronien connaît-il et sanctionne-t-il déjà cette coutume lorsqu'il prescrit

(1) On pourrait citer, à l'appui, de nombreux textes, tirés principalement de Pline le Jeune et d'Horace.

(2) Comme le *libripens* est considéré, sous ce rapport, comme un témoin (Gaius, II, 107), on voit que la réforme du préteur, qui a dû s'être faite assez subrepticement, par l'introduction du mot *testium* dans l'édit, aurait consisté en fait dans l'exigence d'un témoin supplémentaire.

(3) Non pas de toutes. La capacité exigée des témoins était la même que le testament fût civil ou prétorien, D., 22,5,14. Papinien, *l. sing. de adulteriis* (Lenel, 19).

(4) Il est possible, nous l'avons vu, que le droit civil lui-même reconnût l'existence du testament secret.

au testateur de présenter les tablettes vides aux cachets des témoins ? La question est controversée (1). Mais une disposition est très nette en ce sens. C'est un rescrit de Marc Aurèle (2) qui permet d'appeler comme témoins au testament des individus qui ignorent la langue du testateur ; il suffit qu'ils connaissent la nature de l'acte et le nom du *de cujus*. Par une conséquence logique de la même transformation, la responsabilité des *signatores* s'évanouit. Déjà Auguste (3) avait permis qu'on les mit hors de cause dans les poursuites de faux intentés en vertu de la loi Cornelia. Plus tard on alla plus loin : pourvu que l'acte eût été régulièrement passé, on n'eut même plus le droit d'interroger les témoins 6.

Dans cette nouvelle forme de testament, la personne des témoins importait peu, tandis que le fait de leur présence et de leur nombre était essentiel. Aussi était-on fort exigeant quant à la preuve de la présence des 7 témoins. La confusion extrême où l'on était tombé au sujet des cachets créait ici une difficulté. Il arrivait, nous l'avons vu, que les 7 témoins se servissent du

(1) Un sénatus-consulte du règne de Néron, dont on ne sait s'il fait partie du sénatus-consulte Néronien de l'an 61 (Paul, *Sent.*, V, 25, 6) portait, suivant Suétone (*Nero*, 17) : *ut in testamentis primæ duæ ceræ testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur*.

(2) On posait à Marc Aurèle la question de savoir si un individu, ignorant le latin, pouvait être appelé comme témoin au testament. L'empereur répondit (*D.*, 28,1,20,9. Ulpien, *l. 1 ad Sab.*, Lenel, 2430) qu'il suffisait qu'il comprit *vel sensu, cui rei adhibitus sit*.

même sceau ou que l'on empruntât celui du testateur (1). Aussi ne se contentait-on pas de cette preuve. On exigeait, en théorie, à la fois l'impression du cachet et l'inscription, au regard, du nom du témoin (2). Ulpien nous apprend que beaucoup de témoins, négligeant la formalité, un peu vide de sens, du cachet, se contentaient d'inscrire leur nom (3).

Ces cachets conféraient-ils au testament une véritable authenticité ? Soutenue par Mommsen, l'affirmative a été fortement attaquée par Bruns (4) qui croit trouver la preuve de son opinion dans la procédure de l'ouverture des testaments (5). Le testament ne sera pas valable en effet,

(1) Cf. *suprà*, p. 46, 3. Il arrivait que l'on cachetât avec autre chose que l'anneau à sceller. Ulpien désapprouve cette pratique. *D.*, 28, 1, 22, 5. Ulpien, *l. 39 ad ed.* Lenel, 1097.

(2) *Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit verum tamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset, et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus.*

(3) ... *ut multi faciunt.*

(4) *Die Unterschriften in den Römischen Rechtsurkunden = Kleinere Schriften*, II, p. 115 s.

(5) Sur l'ouverture des testaments nous sommes assez précisément renseignés à la fois par des écrits théoriques (Paul, *Sent.*, IV, 6, *De Vicesima*, *D.*, 29, 3. C., 6, 32) et par des titres concrets contenant procès-verbal d'ouverture de testament. Le plus célèbre est celui de Longinus Castor (Girard, *Textes*³, p. 772). Cinq procès-verbaux de ce genre, datant du v^e et du vi^e siècle, conservés sur un papyrus de Ravenne, ont été publiés maintes fois. En voir un spécimen dans Girard, *Textes*³, p. 775. Enfin le papyrus de Berlin, *B. G. U.*, n° 361 (Cf. Dareste, *N. R. H.*, 1894, pp. 583-588) est le procès-verbal d'une instance en ouverture de testament. Il résulte de ces divers textes que l'ouverture du testament était une formalité essentielle. On requiert la présence sinon de tous les témoins, au moins de la majorité d'entre eux. Le prêteur pourra forcer les *signatores* à venir reconnaître leur

si, au moment de son ouverture, les *signatores* ne sont pas venus « reconnaître » leur sceau. Cette formalité est considérée comme absolument essentielle et les garanties administratives dont est entourée l'ouverture du testament depuis que la loi Julia *vicesimaria* d'Auguste en a fait une source de profits pour l'Etat ne l'ont point rendue inutile. Mais quelle est la portée juridique précise de cette opération ? Nous ne croyons pas qu'elle suffise à faire des témoins au testament écrit des témoins probatoires. Malgré la présence du magistrat la reconnaissance des sceaux faite par les *signatores* n'est nullement un acte judiciaire ; elle est simplement le complément naturel de la *signatio*, rendu indispensable par la mauvaise organisation des cachets romains. Ceux-ci en effet ne contiennent ni en eux-mêmes (à raison de leur banalité) ni par l'*adscriptio* qui les accompagne, la preuve de leur authenticité. Il est donc nécessaire de les soumettre à ceux dont ils portent le nom afin qu'ils disent s'il y a eu ou non abus de leur cachet. Mais il ne semble pas qu'on leur ait posé aucune autre question. Les 7 cachets reconnus, l'acte était par là même devenu inattaquable au point de vue formel. N'est-ce pas à dire qu'il était ainsi revêtu d'une sorte d'authenticité ?

sceau (*D.*, 29,3,4). Dans les cas d'urgence, l'ouverture des tablettes pourra se faire même en leur absence, mais devant des hommes *optimæ opinionis*. Ce qui ne dispensera pas d'ailleurs d'envoyer les tablettes aux *signatores*, à l'endroit où ils se trouveront, pour qu'ils reconnaissent leur cachet (*D.*, 29,3,7).

Les *signatores* ont ainsi au testament écrit une valeur de pure forme. Ils ne participent pas à l'acte et n'ont d'autre rôle que d'assurer par leur présence la régularité extérieure de l'opération.

L'étude du témoignage dans le testament romain nous a fait assister à une émancipation progressive de la volonté du testateur. A l'origine il se bornait à proposer : la volonté du peuple témoin était souveraine ; puis il dispose librement de son patrimoine, mais les témoins lui opposent un contrôle efficace ; enfin dans le testament secret il devient absolument libre, mais cette liberté n'est pas sans danger, et c'est précisément pour en combattre les excès que se constitue à ce moment la *querela inofficiosi testamenti*.

SECTION III. — Les contrats.

S'il est vrai, comme nous l'avons supposé, que les 7 cachets sont une condition générale de forme des actes juridiques (1), on voit s'atténuer la distinction entre les ac-

(1) Son importance pratique diminue de jour en jour à cause de l'absorption du rite oral dans l'écrit qui le constate, absorption pouvant aller jusqu'à l'anéantissement complet. Nous ne nous appesantirons pas sur ce phénomène bien connu (*D.*, 43, 1, 30. Ulpian, *l.* 47 *ad Sabinum*, Lenel, 2938. Paul, *Sent.*, V, 7, 2, etc.). Nous citerons seulement un texte du Gaius Wisigothique qui nous paraît se rattacher d'une façon assez étroite à notre matière. Gaii, *Ep.*, I, 6, 3 : *emancipatio solebat ante præsident fieri, modo ante curiam facienda est, ubi V testes cives Romani in præsenti erunt et... alii duo ut septem testium numerus impleatur*. Fallait-il donc 7 témoins alors pour l'é-

tes qui comportent des témoins et ceux qui n'en exigent pas. Sans doute, quant au fond du droit cette distinction subsiste, et les témoins dont nous voyons les cachets munir les divers titres privés n'ont pas tous la même origine, car les uns sont un élément substantiel de l'acte même dont il est dressé écrit tandis que les autres auraient pu ne pas intervenir sans que l'opération fût frappée de nullité. Et pourtant, à examiner les divers titres, il n'y a pas lieu d'établir une différence entre ces espèces de témoins. Les uns et les autres sont des témoins instrumentaires exigés par la loi de forme. Sur tous les actes écrits rédigés conformément à cette loi nous devons trouver les 7 cachets.

1. Les faits confirment pleinement l'hypothèse. Nous possédons un certain nombre de contrats de nature diverse : tous, sans exception, comportent des cachets, et, sur presque aucun d'eux, un nombre inférieur à 7 n'a été relevé avec certitude. Il y a là un phénomène d'une généralité et d'une régularité remarquables.

mancipation ? Ce n'est pas probable. Mais il en fallait 7 pour l'acte écrit qui était rédigé en même temps. Le rite oral avait en fait ici, comme dans le testament prétorien, comme dans les *cautiones* de stipulations, perdu toute importance. Cf. *suprà*, p. 73, n. 2.

(1) Il n'y a donc pas lieu, pour notre sujet, de prêter attention à la distinction formulée par M. Mitteis (*Römisches Privatrecht*, 1, 291) entre les titres dispositifs (*Dispositiv-Urkunden*) et les titres simplement probatoires (*Zeugen-Urkunden*). Cette distinction a d'ailleurs été fortement critiquée par M. Stintzing dans le compte-rendu qu'il a donné de cet ouvrage (*Kritisches Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Folge, XII, 3^{es} Heft, 1908, p. 376).

Tel est l'état de droit. Les actes concrets qui nous ont été conservés nous permettent de juger quels étaient, en fait, ces témoins qui venaient déposer leur cachet ou le cachet d'autrui sur les tablettes qu'on leur présentait. Sur environ 550 noms de témoins qui ont pu être déchiffrés sur les tablettes de Pompeï, 143 appartiennent aux 19 mêmes personnes qui se trouvent ainsi être intervenues de 3 à 18 fois à la rédaction des titres de Jucundus. Cette observation nous donne, quant au recrutement des témoins, une indication précieuse. Du seul fait qu'un tiers des témoins sont appelés à apposer leur cachet un certain nombre de fois sur les actes écrits d'un même banquier, il n'est pas trop hardi, semble-t-il, de supposer qu'ils étaient convoqués par ce banquier. En tenant compte du grand nombre de noms illisibles que nous présentent les tablettes, il est permis de conjecturer que la moitié des témoins était fournie par le créancier, l'autre par le débiteur (1). Cette hypothèse est vérifiée par un passage de Sénèque qui était précisément le contemporain de Jucundus. L'écrivain nous dit en effet : (2) : *Adhibentur ab utraque parte testes*. Mais on se heurte ici à une difficulté. S'il était vrai que chacune des parties dût faire venir la moitié des *signatores*, le nombre de ceux-ci devrait être pair, or c'est le contraire qui se produit généralement. Zangemeister (3) émet l'hypothèse que chaque

(1) Sur tous ces points, v. H. Erman, *Z. Sav. St.*, 20 (1899), p. 190.

(2) *De Beneficiis*, 3, 15, 2.

(3) *C. I. L.*, IV, Sup. 1, p. 432.

partie fait venir des témoins en plus des 7 exigés par la loi. Mais d'où viennent ces 7 témoins primordiaux, demande avec raison M. Erman (1)? Il nous paraît probable, comme à cet auteur, que le débiteur se procurait la présence des 7 témoins nécessaires pour que l'acte libératoire eût sa force légale ; mais comme le créancier n'avait pas un moindre intérêt dans l'acte, il arrivait le plus souvent qu'en fait celui-ci fournît un nombre de témoins sensiblement égal. Généralement chacune des parties faisait venir 4 témoins et l'une d'elles apposait elle-même son cachet. Parmi les actes de Transylvanie (2), soit qu'il fût plus difficile de trouver des témoins possédant les qualités requises, soit pour toute autre raison, beaucoup ne contiennent pas un nombre de cachets supérieur à 7. Encore parmi ces 7 sceaux trouve-t-on souvent celui de la caution. Cette pratique n'était pas contraire à la loi qui ne se préoccupait pas de l'origine des cachets pourvu qu'ils fussent au nombre de 7.

(1) Erman, *loc. cit.*

(2) Sur les actes de vente de Transylvanie qui nous sont parvenus, il est normal que le vendeur appose son cachet sur le titre, au milieu des sceaux des témoins. Selon toute probabilité ces cachets restaient en la possession de l'acheteur dont ils constituaient le titre de propriété. De même un grand nombre de quittances de Pompei portent le *signum* du créancier envers lequel le banquier Jucundus s'est libéré. Selon la juste observation de M. Kroell (*Du rôle de l'écrit*, p. 55 s.) quand un contrat synallagmatique laissait subsister des obligations à la charge des deux contractants, le titre devait être rédigé en plusieurs exemplaires dont chacun était remis entre les mains d'une des parties muni du cachet de l'autre. Cf. le contrat de société publié dans Girard, *Textes*², p. 817.

L'heureuse découverte des quittances de Pompeï nous permet de savoir, encore bien superficiellement il est vrai, quelle était la condition sociale de ces témoins.

Ils étaient recrutés dans toutes les classes de la société. Un assez grand nombre d'affranchis servaient de témoins. Nous citerons Helvius Auctus, témoin en 55-60 (1), qui était vingt-cinq ans auparavant esclave de l'affranchi Helvius Nymphodotus (2), et M. Fabius Eupor qui intervint comme témoin dans 4 quittances (3), et se donne le titre de *princeps libertinorum* (4). Ailleurs un foulon P ? Visonius (5) donne son témoignage. Mais des personnages considérables, investis de fonctions publiques, ne dédaignaient nullement de témoigner aux actes. Tel est probablement le cas de l'augustale (6) M. Gerrinius Restitutus (7). Tel est certainement celui d'un certain nombre de duumvirs. Nous citerons Sex Pompeius Proculus II vir en 58 (8) et *præf. jur. dic.* en 60 (9). L. Albutius Justus (10) II vir en 58-59. Enfin parmi les noms des témoins figurent beaucoup de noms de candidats à l'édilité ou au duumvi-

(1) Témoin dans l'acte n° LIV de Zangemeister.

(2) *C. I. L.*, X, 899. Cf. P. Willems, *Les élections municipales à Pompeï*, 1887.

(3) N°s XXXVII, LXXI, XCII, XCVII.

(4) *C. I. L.*, IV, 117-120.

(5) N° XXXI.

(6) *C. I. L.*, X, 994-995.

(7) N° CXXXVIII.

(8) N° CXXI.

(9) N° CXLIV.

(10) N° CXLII. Ajoutons que les 2 *libripendes* de l'inscription déjà citée p. 53, n. 4 sont des duumvirs.

rat qui nous sont signalés par les affiches électorales (1)

De ces renseignements il ressort deux conclusions qui ne sont contradictoires qu'en apparence. D'une part la prestation du témoignage était assez recherchée, au moins à Pompeï. La partie et le témoin voyaient là une occasion de faire parade de leur crédit social. D'un autre côté, le témoignage était souvent abandonné à des personnes de rang inférieur, qui peut-être en tiraient profit.

Quelle était la fonction exacte des *signatores* dans ces contrats ? Elle est assez complexe. Tout d'abord ils remplissent une fonction formelle. Ils assistent à l'acte pour qu'il soit revêtu de ses formes légales, et cette fonction, qui les rapproche du testament écrit, nous paraît confirmée par le caractère « professionnel » d'un certain nombre de nos témoins dont la garantie ne semble pas avoir du être bien solide. Mais les témoins aux contrats avaient aussi un rôle probatoire ; ils étaient appelés en justice si l'acte juridique auquel ils avaient assisté venait à être contesté. Nous ignorons par quel moyen de contrainte leur comparution était assurée. Il ne semble pas que l'ancienne obvagulation fût encore en vigueur à l'époque classique (2). Quoi qu'il en soit, il paraît certain que la déposition des *signatores* était nécessaire pour que l'acte

(1) Willems, *op. cit.*, p. 92, notes.

(2) Non plus que l'intestabilité dont elle n'est que la notification. Pour l'une comme pour l'autre il semble qu'il n'est pas trop hardi de tirer cette conclusion négative du silence absolu des textes juridiques et littéraires de l'époque classique. *Sic*, Mommsen, *Dr. pénal*, III, 343,

acquît une valeur probatoire. Il était en effet rédigé par celui-là même qui voulait s'en prévaloir. Il empruntait donc toute sa force à ceux dont les cachets étaient apposés sur le titre. Ce n'était pas autre chose qu'un procès-verbal de l'acte juridique accompli (1), un « memorandum » de la preuve testimoniale. Aussi, bien qu'au point de vue de la forme les témoins des contrats et ceux du testament écrit offrent une ressemblance incontestable, bien qu'ils doivent, les uns et les autres, présenter à peu près les mêmes conditions de capacité et de nombre, leur fonction est assez différente. Sans doute, dans les deux hypothèses, ils devront avant toute chose prouver leur présence et par là même la légalité de l'acte, mais tandis que le rôle des témoins au testament se borne là, parce qu'ils n'ont à certifier que l'*origine* du document, celui des témoins au contrat consiste en outre à venir, le cas échéant, déposer en justice pour prouver la *sincérité* de la déclaration.

À côté de ce type de contrat écrit (2), qui tire toute sa force probante de la déposition des *signatores*, apparaît, au milieu du premier siècle (2), à Pompeï, un titre écrit d'un type absolument différent et même opposé, qui porte en

(1) Voir à ce sujet les pénétrantes observations de Bruns, *Kl. Schr.*, II, p. 112.

(2) Le chirographe n'apparaît pas dans nos sources avant l'an 54 après J.-C. Les quittances antérieures à cette date portent toutes la formule *dixit se habere*. Le chirographe apparaît d'abord sur la *scriptura exterior*, et ce n'est qu'après un certain temps qu'il finit par être employé aussi à l'intérieur.

lui-même sa preuve, le chirographe (1). La différence essentielle entre les deux actes est que le premier est rédigé, sous une forme impersonnelle, par celui-là même qui s'en prévaudra, tandis que le second est écrit à la première personne, par celui auquel il sera plus tard opposé. C'est donc un véritable titre récongnitif, une sorte d'aveu préconstitué. Sans doute le chirographe n'est pas, et ne deviendra pas, même sous Justinien, une source d'obligation, une sorte de nouveau contrat *litteris* (2); il n'en est pas moins vrai que le seul fait d'être rédigé par celui qui s'oblige, lui confère une force de preuve infiniment plus considérable que celle de l'acte du premier type. Et cette différence essentielle du chirographe avec les *testationes* entraîne, au point de vue diplomatique, des différences très profondes aussi. Elle lui permet de déroger, d'une façon absolue, à la loi qui règle la forme de celles-ci. Les 7 cachets qui devaient légalement les revêtir avaient pour principale utilité, nous

(1) Sur le chirographe voir l'excellente dissertation de Zangemeister, *C. I. L.*, IV, Sup. I, pp. 276-280. Cf. Girard, *Textes* 3, p. 821 s. L'influence hellénique sur la création du chirographe n'est pas niable et ce n'est pas par l'effet du hasard qu'on le trouve pour la première fois à Pompeï, ville gréco-romaine. Mais nous verrons (p. 167, n. 1) qu'il avait des précédents dans les écrits extra-juridiques de la pratique romaine. Si les Romains furent si lents à donner à l'acte souscrit sa pleine efficacité juridique, c'est que pour eux pendant très longtemps l'oralité semble avoir été un élément inséparable de l'acte juridique (*Sic* Bruns, *Unterschriften*, p. 112).

(2) Telle est l'opinion unanimement admise à la suite de la démonstration de Gneist (*Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechte*, 1845, pp. 320 ss. Cf. Girard, *Manuel* 4, p. 500, n. 3.

l'avons dit, de garantir la sincérité du titre. Une telle garantie était aussi légitime que nécessaire pour des actes rédigés par le bénéficiaire. Mais elle devenait sans objet dans l'acte nouveau, puisqu'il était rédigé par celui-là même qui aurait eu intérêt à sa disparition. Quant à l'authenticité que donne le témoignage instrumentaire, elle était assurée efficacement par le cachet que l'auteur de l'acte apposait sur les tablettes. Très différente de l'*adsignatio* des témoins (et quelquefois des parties) que nous avons rencontrée sur les *testationes*, cette *subsignatio* mise au bas de l'acte par la contre-partie du destinataire est très analogue à notre signature moderne ; elle accompagne invariablement le chirographe (1). Il

(1) C'est là une des plus intéressantes découvertes de Zangemeister. Les Romains n'ont jamais connu notre signature, qui a été inventée au Moyen-Age (V. Giry, *Manuel de Diplomatie*, 1894, p. 593). Mais ils possédaient une institution équivalente, la *subsignatio*, composée de deux éléments, le sceau apposé au-dessous de l'acte, et le mot *scripsi* précédé du nom de l'auteur, au nominatif. C'est ainsi que les Romains signaient leurs lettres privées (*epistolæ*) bien avant sans doute que l'influence grecque se fit sentir. L'innovation, due probablement à cette influence, consista à employer ce même procédé pour la confection des actes juridiques. En dehors des actes juridiques proprement dits, où la forme chirographaire devait prendre une si large extension, nous voyons la *subsignatio* employée par les Romains pour obtenir des effets juridiques : 1° probablement mais non sûrement dans les *responsa signata prudentium* (Pomponius, *Enchiridium*, Lenel, 178, *D.*, 1, 2, 2, 49) qui pourraient, à la rigueur, être des consultations cachetées (fermées) et non pas simplement des consultations signées (Cf. Erman, *Z. Sav. St.*, 20 (1899), p. 184) ; 2° les diplômes originaux des empereurs. Suét., *Aug.*, 50 : *In diplomatibus libellisque et epistolis signandis initio sphinge usus est, mox imagine Magni Alexandri, novissime sua... qua signare insecuti quoque principes persecerant.* Plut. : *Galba*, VIII, τὰ καλούμενα διπλώματα σσημασμένα. M. Erman fait

suffisait que le signataire pût faire constater le faux, s'il prétendait être victime d'un abus de son cachet ou d'une fabrication pure et simple ; la loi Cornelia *de falsis* lui en accordait le moyen (1).

Les deux principales fonctions du témoignage instrumentaire se trouvaient donc remplies par le chirographe, et c'est pourquoi nous voyons le témoignage dans les actes de ce type perdre ses caractères distinctifs, et même disparaître complètement. Les témoins ne sont plus des citoyens romains pubères. Cette vieille prescription, souvenir d'un temps où le témoignage était effectivement un acte politique, n'a plus de raison d'être ; on la supprime ; les témoins pourront être des femmes (2), des esclaves même (3). D'autre part, pourquoi les témoins seraient-ils encore en nombre déterminé ? Cette réglementation, elle aussi, est un vestige de l'ancien système. Aussi sur beaucoup de chirographes ne voit-on plus que deux ou trois cachets de témoins (4). Enfin le témoignage lui-même n'est-il pas chose inutile puisque le chiro-

remarquer avec raison (*Ibid.*, p. 188) que ces diplômes devant servir plusieurs fois ne peuvent être scellés de sceaux de fermeture. Les *signationes* dont il est ici question sont donc des *subsignationes*. Quant à la *subsignatio prædiorum*, il nous paraît impossible, en l'absence de texte, d'en délinir la nature.

(1) *D.*, 48, 10, 23. Paul, *lib. singulari de pœnis paganorum*, Lenel, 1260.

(2) *Sic*, Tab. Cerat., n° XXIV (Ed. Zangemeister).

(3) *Sic*, n°s VI, LXII, CXVIII, CXXXVIII, CXXXIX, CXLI, CXLII, CXLIII, CXLV, CXLVI, CXLVII, CXLVIII, CLIII.

(4) Ont certainement moins de 5 cachets les n°s VI, XXI, LXII, CXVIII.

graphe porte en soi la double preuve de sa sincérité et de son authenticité ? Pourquoi ne le supprimerait-on pas ? On alla jusque-là, car sur certains chirographes qui nous ont été conservés on ne relève aucun cachet de témoin, et rien ne permet de supposer qu'ils en aient porté (1).

SECTION IV. — Autres titres écrits.

Dans ce nouveau type d'acte écrit que nous venons d'étudier, le témoignage instrumentaire perdait son individualité au point de s'anéantir complètement. Le chirographe supplanta assez vite la *testatio* romaine dans les actes privés ; c'est qu'en effet, dans ce domaine, la demi-authentification procurée par les témoins n'avait point de valeur réelle : ce n'était qu'une survivance historique. Il est, au contraire, certains cas où la garantie des 7 témoins avait une véritable efficacité, et où, dès lors, le chirographe ne put remplacer l'acte testimonial. Telle est l'hypothèse des transcriptions d'actes publics ; telle est aussi celle du *testimonium inter paucos signatores datum*. Examinons-les rapidement.

C'est dans les transcriptions d'actes publics que Bruns (2) croyait trouver le cas-type et presque exclusif du témoignage de 7 citoyens pubères. Nous avons vu

(1) Le n° XXI ne contient que le cachet du créancier, 4 fois répété, le n° CXVIII le cachet d'un esclave du créancier, répété deux fois, et celui du créancier lui-même ou d'un autre de ses esclaves.

(2) 7 Zeugen, p. 135.

que c'était là une erreur, et que le domaine du nombre 7 est à l'époque classique beaucoup plus vaste qu'il ne pensait. Il n'en reste pas moins vrai que le nombre 7 se retrouve ici avec une régularité remarquable. Les plus caractéristiques des documents de ce genre qui nous aient été conservés, sont les diplômes portant copie de privilèges délivrés aux vétérans par des rescrits impériaux (1). Sur chacun d'eux se trouvent les cachets de 7 témoins qui n'ont évidemment d'autre rôle que de

(1) Sur les diplômes militaires, dont on trouvera deux spécimens et la bibliographie dans le recueil de textes de M. Girard (*Textes* ³, p. 118 ss.), voir Mommsen, *C. I. L.*, III, pp. 1955-2038. Il est à remarquer, avec Mommsen, *loc. cit.*, que le règne de Vespasien marque une modification assez sensible dans le recrutement et dans le nombre des témoins. Quant au dernier point, on rencontre sur certains diplômes antérieurs à l'avènement de Vespasien un nombre de témoins supérieur à 7. Au contraire à partir de l'an 70 ce nombre est uniformément de 7, sans d'ailleurs descendre jamais au-dessous. Mais c'est en ce qui concerne le recrutement des témoins que le changement paraît le plus sensible. Jusque vers 70, les témoins sont des compatriotes, des compagnons d'armes du vétéran. Ils indiquent sur le titre leur nationalité et quelquefois leurs dignités. L'on ne voit jamais le même personnage apposer son cachet sur plusieurs diplômes (sauf une exception). Au contraire à partir de cette date, les témoins sont presque toujours des Romains de la classe la plus basse, souvent des affranchis. Très souvent les mêmes noms reparaissent, comme nous l'avons constaté déjà sur les quittances de Pompei. Mommsen fait observer avec raison que ces individus devaient être des professionnels du témoignage et se trouver, sans doute moyennant salaire, à la disposition du graveur. On peut en conclure qu'à partir de ce moment l'authenticité ainsi conférée par le témoignage n'est plus qu'une survivance. Au III^e siècle en vertu de la centralisation qui se manifeste dans tous les domaines, les simples particuliers cessent d'homologuer les diplômes, ce sont les clients des empereurs qui s'acquittent de cette mission.

certifier la copie conforme à l'original (1). Mais les diplômes militaires ne sont pas les seuls exemples (2). Partout où un document public se trouve transcrit dans l'intention d'obtenir un effet juridique, l'authenticité en est homologuée par l'apposition de 7 cachets. La fonction « quasi-notarielle » des témoins apparaît ici avec une évidence telle qu'il n'est pas besoin de la souligner.

Elle apparaît aussi très nettement dans une institution assez curieuse que nous signalerons pour clore cette liste forcément incomplète des actes écrits romains, le *testimonium inter paucos signatores datum* (3). Voici l'hypothèse. On sait qu'à Rome, à l'époque ancienne, le témoignage judiciaire devait en principe se faire par écrit et devant le juge. Or il pouvait arriver qu'un individu eût des choses importantes à dire au sujet d'une affaire litigieuse

(1) Le mérite d'avoir aperçu la véritable fonction du témoignage dans ces titres revient à Marini, *Gli Atti e monumenti de fratelli Arvali*, Rome, 2 vol. 1795, p. 433 ss. Sur une fonction analogue du témoignage instrumentaire grec, cf. Egger, *Journ. Sav.*, 1877, p. 671.

(2) Ainsi le rescrit d'Antonin le Pieux aux habitants de Smyrne de l'année 139 ; Bruns, *Fontes*¹, p. 257. Voir encore le procès-verbal de déclaration de naissance publié par M. Girard, *N. R. H.*, 1906, p. 483. Bruns, *Fontes*¹, p. 420. Cf. encore la *testatio* relative au *Collegium funericium Alburnense*, a. 167. Bruns, *Fontes*¹, p. 393. On trouvera les signes de validation dans *C. I. L.*, III, p. 927. Naturellement il ne s'agit ici que de *copies* d'actes publics. Les originaux ne portent que le *signum* du fonctionnaire comme il appert d'un original de l'an 122 publié également par M. Girard, *N. R. H.*, 1906, p. 478.

(3) Escher, *De testium ratione*, p. 89 ss. . Mommsen, *C. R.* du précédent (*Gesam. Schriften*, III, p. 592 ss.). Id, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiel, 1840, p. 104 ss. Rein), v° *Testimonium* in Pauly, t. VI, 1852, p. 1727. Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1901, p. 274 ss.

et ne pût se trouver au lieu du procès au jour fixé, soit qu'il fût malade, ou absent *rei publicæ causa*, soit pour toute autre cause. Le témoignage lui était-il donc interdit ? Il est probable qu'il lui fut en effet interdit jusqu'à une certaine époque (1), mais nous savons que, dès le temps de Cicéron, il avait le moyen de faire parvenir au juge sa déposition. Il l'écrivait ; mais cette déposition écrite n'aurait présenté aucun caractère d'authenticité si l'on n'avait précisément exigé qu'elle fût homologuée par les cachets d'un certain nombre de témoins (2). Cette institution, dont les lettres de Cicéron (3) nous offrent quelques exemples, est appelée par les auteurs modernes *testimonium per tabulas* ou encore *inter paucos signatores datum*. Elle met en présence deux sortes de témoins, le témoin judiciaire qui fait sa déposition écrite, et les témoins instrumentaires (4) qui garantissent l'authenticité de cette déposition (5). Il est à remarquer que cette intervention des témoins et de leur cachet est autre chose

(1) Tacite, *Dial. de orator.*, 36.

(2) Conformément à notre hypothèse générale, nous admettons avec Mommsen (*loc. cit.*), que ces témoins devaient être au moins 7, mais nous ferons observer qu'ici la conjecture ne s'appuie sur aucun texte.

(3) Cic., *ad Attic.*, II, 12, XV, 15. Cf. *Verr.*, V, 39, 102.

(4) Très probablement les témoins garantissant l'authenticité du témoignage écrit, pourraient être contraints, comme ceux du testament, à venir reconnaître leur cachet. Cette conjecture paraît confirmée par Quintilien, *Inst. Or.*, XII, 8, 13.

(5) Il nous paraît donc que Mommsen fait une erreur, lorsqu'il dit (*loc. cit.*) : « Juristisch genommen sind die *signatores* die Zeugen, nicht die, dessen Aussage sie attestieren. »

et plus qu'une simple garantie d'authenticité, qu'un équivalent de la signature ignorée des Romains. Le témoin judiciaire oral est en effet assermenté. Les cachets des témoins équivalent au serment (1).

Sans doute il ne faut pas serrer de trop près cette formule et voir dans nos témoins des collaborateurs du témoignage écrit ; pourtant il n'est pas contestable que leur rôle dépasse une simple homologation et que leur intervention confère au témoignage judiciaire écrit une certaine dignité qui le dispense du serment (2).

L'étude du témoignage instrumentaire en droit classique nous a fait assister à une transformation de cette institution. Tout d'abord elle a considérablement étendu son champ d'application. L'usage de l'écriture et les exigences plus grandes de la preuve ont créé la coutume

(1) Quintil., *Inst. Orat.*, V, 7, 32 : *Sæpe inter se collidi solent, inde testatio, hinc testes, locus utrinque ; hæc enim pars jurejurando, illa consensu testantium tuetur*. Nous n'avons pas d'exemple de témoignage judiciaire écrit rédigé sous forme chirographaire. Nous en aurions sans doute si les témoins instrumentaires n'avaient eu ici qu'une valeur d'homologation.

(2) *Contrà*, Greenidge, *op. cit.*, p. 274, 4. Mais les termes de cet auteur nous paraissent en contradiction avec le passage de Quintilien cité à la note précédente. Il existe bien des témoins judiciaires écrits assermentés (Cic., *Pro Rosc. Com.*, 14, 43 ; *Pro Cluentio*, 60, 168 ; *Pro Cælio*, 22, 55). Mais, comme Mommsen nous paraît l'avoir démontré (*loc. cit.*, p. 502 ss.), nous sommes ici en présence de serments volontaires et facultatifs. Pourtant, si la valeur juridique du témoignage écrit et du témoignage oral est bien la même, leur force probatoire est inégale (*D.*, 22, 5, 3, 4. Callistrat., *l. 4 de cognitionibus*, Lenel, 28).

de faire venir des témoins à tous les actes juridiques. La forme de ce témoignage sera réglementée et dans une large mesure unifiée : tous les actes privés écrits devront porter 7 cachets, et le testament 7 cachets de témoins. Quant aux actes juridiques oraux, il est nécessaire de faire une distinction. Dans l'hypothèse la plus fréquente, comme un titre écrit sera rédigé sur place, les témoins du titre écrit assistent au rite oral qui en arrivera même à être négligé ou tout à fait omis. Une seconde catégorie d'actes privés oraux recevront, par une disposition législative expresse, la même forme que les actes écrits : le témoignage y consistera dans la présence de 7 témoins *cives Romani puberes*. Enfin, pour une troisième sorte d'actes oraux, les *testationes* au sens étroit et les *denuntiationes*, la pénurie de nos sources nous interdit de rien affirmer sur leur forme.

Quant à la fonction que remplit le témoignage à l'époque classique, elle paraît plus complexe que celle que nous lui avons reconnue dans l'ancien droit. Les témoins n'y sont plus, à proprement parler, des moyens de contrôle, et pourtant il serait exagéré de dire qu'ils ont tout à fait perdu ce caractère. Leur pouvoir d'homologation n'est qu'une atténuation de cette fonction politique originelle, et ce pouvoir d'homologation conféré aux 7 *cives Romani puberes* paraît bien le caractère dominant du témoignage instrumentaire durant cette période. Pourtant l'on ne saurait dire que les Romains soient arrivés à faire du témoignage un véritable système d'authentifica-

tion des actes privés. L'institution demeura chez eux à l'état d'ébauche. Les efforts que firent les Romains vers l'unification des formes et des effets du témoignage instrumentaire les avaient menés au seuil de la notion d'authenticité. S'ils n'y sont point parvenus, c'est sans doute qu'il leur a manqué un jurisconsulte qui appliquât à ces solutions de détail l'esprit de systématisation juridique. Nous constatons ici, une fois de plus, qu'il n'a manqué au témoignage romain, pour s'élever à la hauteur d'une institution, qu'un travail d'élaboration théorique. Le témoignage demeura donc une institution hybride, servant à la fois à l'homologation et à la preuve. Mais cette duplicité est pour lui une cause de faiblesse. Il est condamné à disparaître, car sa fonction probatoire sera bien mieux assurée par le chirographe, qui ne lui laisse aucune place, et quant à sa fonction « politique », véritable paradoxe dans une société fortement centralisée, nous la verrons céder devant le fonctionnarisme byzantin.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT BYZANTIN

CHAPITRE PREMIER

LES RÉFORMES DU BAS-EMPIRE.

Nous verrons s'atténuer et disparaître, au cours de la période byzantine, la distinction qui nous était apparue si nette à l'époque classique, entre les actes testimoniaux écrits d'une part, actes où les témoins sont des témoins de solennité, et d'autre part les titres probatoires ou chi-rographes, actes où les témoins ne sont que des témoins judiciaires anticipés. Ce résultat est dû à un double mouvement. En effet, tandis que le témoignage instrumentaire tend à perdre son caractère de solennité pour devenir de plus en plus un moyen de preuve, le témoignage des chi-rographes, de son côté, sera soumis à une réglementation telle, qu'il finira par se confondre avec le premier. Sous Justinien les deux institutions n'en forment plus qu'une, fort importante dans la pratique, mais sans

aucun intérêt juridique. C'est cette double évolution que nous allons essayer de retracer.

1. A ne considérer que la forme, il ne semblerait pas que les témoins instrumentaires du premier type, ceux des actes testimoniaux oraux ou écrits aient beaucoup changé. Quant aux conditions de capacité, les modifications apportées par le droit byzantin furent peu importantes. Pourtant nous devons noter ici un certain élargissement du champ de l'intestabilité. En 391 Valentinien, Théodose et Arcadius frappent les apostats d'une incapacité totale, à la fois active et passive (1). En 407 ce sont les Manichéens et les Donatistes qui tombent sous le coup de la même peine en vertu d'une constitution d'Arcadius et Honorius (2). Dans aucun de ces deux textes ne se trouve le mot *intestabilis*, mais l'incapacité de prendre part à une *testatio* résulte de l'ensemble des incapacités qui frappent les coupables, Enfin Justinien étend l'interdiction de témoigner aux païens et à certaines catégories d'hérétiques (3).

(1) *C. Th.*, 16, 7, 4 : *li qui sanctam fidem prodiderint et sanctum baptismum profanaverint, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante jam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes*. La peine est plus sévère, on le voit, que l'intestabilité classique, puisqu'elle comporte l'incapacité d'avoir un héritier, même *ab intestat*.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 40. La peine atteint aussi les Montanistes et les Priscillianistes. Elle est bien plus sévère encore que celle qui frappe les apostats, puisque les termes de la constitution portent : *huic hominum generi nihil ex moribus, nihil ex legibus sit commune cum ceteris*.

(3) *C.*, 1, 5, 24, 2 (a. 530) : *Sed et his quidem, id est Manichæis et Borboritis et paganis necnon Samaritis et Montanistis et Tascodragis et*

Telle est la seule innovation que nous présentent les textes au sujet de la condition des témoins instrumentaires (1) ; la vieille formule classique : *cives Romani puberes* subsistera jusqu'au bout (2).

En ce qui concerne particulièrement le témoin au testament, Justinien se vante d'avoir opéré d'importantes modifications (3). Tout d'abord, par une constitution qui ne nous est pas parvenue, il aurait interdit à l'héritier de prendre part, en qualité de témoin, au testament qui l'institue. Nous avons vu que Gaius déconseillait déjà cette pratique, et que peut-être Ulpien l'interdisait formellement. La modification introduite par Justinien est donc uniquement théorique. S'il change le droit (4), il ne touche pas au fait.

Quant aux légataires, Justinien nous rapporte qu'une constitution de sa main leur aurait donné le droit de

Ophitis, omne testimonium sicut et alias legitimas conversationes sancimus esse interdictum. Les autres hérétiques et les juifs étaient simplement exclus à des degrés divers du témoignage judiciaire. Ils pouvaient témoigner aux actes instrumentaires. *C.*, 1, 5, 21, 3 : *Ceterum testamentaria testimonia eorum et quæ in ultimis elogiis vel in contractibus consistunt, propter utilitatem necessarij usus sine ulla distinctione permittimus ne probationum facultas angustetur.*

(1) Cependant, on voit assez souvent dans les textes que les témoins requis doivent être *integræ opinionis*. Dans un cas on exige que ce soient des clercs. Cf. *infra*, p. 191, n. 1.

(2) *Institutes*, II, 10, 1. Il faut observer que cette formule avait beaucoup perdu de son sens depuis la constitution de Caracalla de 212.

(3) *Inst.*, II, 10, 10. Le texte a été cité *suprà*, p. 123, n. 4.

(4) Il semble bien qu'il modifie l'état de droit, car s'il faut l'en croire, il existait une constitution en sens contraire : *Inst.*, *ibid.* : *Ideo-que nec ejusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permittimus.*

témoigner au testament (1). Ici, plus encore que dans l'hypothèse précédente, il est difficile de voir une innovation. Les jurisconsultes classiques avaient, nous l'avons vu (2), reconnu déjà ce droit au légataire, et nous en avons donné la raison : le légataire est un tiers. L'état de droit avait-il donc changé depuis Ulpien ? En aucune façon, car nous trouvons, au Code Théodosien, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius de l'an 396 qui donne exactement la même solution (3). Bien mieux, une constitution de Zénon de l'an 480 insérée au Code Justinien dit expressément que le testateur peut faire des libéralités aux témoins appelés à son testament (4). Il faut donc supposer, ou que Justinien a interpolé cette constitution avant de l'insérer dans son Code, ou, ce qui paraît plus probable, qu'il ment en se disant l'auteur d'une innovation.

Les modifications que fit subir la législation byzantine au nombre des témoins, sont un peu plus importantes. L'époque classique avait, sur ce point, réalisé et

(1) *Instit.*, II, 10, 11 : *Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus, immo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis his qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

(2) V. *suprà*, p. 125.

(3) *C. Th.*, 4, 4, 3, 3 : *Nec si quid ex munificentia morientis fuerint consecuti, infructuosum subscribentes facient testamentum cum hoc auctorem prudentissimum jurisconsultorum non sit ambiguum Scævola conprobasse.*

(4) *C.*, 6, 23, 22 : *Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libitu quod voluerit testator relinquere non prohibetur.*

maintenu une certaine unification. On avait décidé, au moins en ce qui concerne le témoignage instrumentaire écrit, que le concours de 7 citoyens romains pubères donnait à l'acte, sinon une véritable authenticité, du moins une valeur légale considérable (1). Cette notion devait forcément s'évanouir à mesure que naissait et se développait un nouveau système d'homologation des actes privés, système que nous étudierons au chapitre suivant. Il devait fatalement s'ensuivre un certain déséquilibre de l'institution. Il y eut des cas où l'on exigea 7 témoins, mais dans certaines hypothèses le nombre requis fut différent, 3, ou 5.

De toutes les hypothèses où intervient le témoignage instrumentaire, la plus importante est toujours le testament. Le droit civil ne réclamait, nous l'avons vu, que 5 témoins pour le testament, les 5 témoins de la mancipation. Sans doute il fallait que l'acte fût muni de 7 cachets, mais, aux yeux du *jus civile*, ces cachets pouvaient ne pas être tous des cachets de témoins. Un exemple nous en est donné par le testament de C. Longinus Castor qui contient 7 cachets dont celui de l'*emptor familiaris*. Au contraire, le préteur exige que les 7 sceaux appartiennent à des témoins. Combien de temps la législation du Bas-Empire allait-elle maintenir ce dualisme ? Il subsista, croyons-nous, jusqu'à la constitution célèbre de Théodose II et Valentinien III de l'année 439

(1) V. *suprà*, p. 174.

qui créa le testament tripartite. Mais la question est controversée et mérite un examen approfondi.

On a soutenu maintes fois que, dès avant cette date, le nombre des témoins au testament civil aurait subi de profondes modifications tenant à la disparition de la nécessité juridique de la *mancipatio familiæ*. Mais il nous est impossible de nous rallier à cette théorie, car, d'une part, rien ne nous permet d'affirmer que la *mancipatio familiæ* ait été abolie avant une époque relativement récente, et d'autre part nos sources nous présentent fort clairement jusqu'au v^e siècle la dualité du testament civil, qui ne comporte que 5 témoins et du testament prétorien, qui en comporte 7.

Quant au premier point, Cujas (1) avait cru trouver dans une constitution de Constantin de l'an 339 (2) l'acte législatif supprimant la nécessité d'une *mancipatio familiæ*. Mais comme le faisait déjà observer Godefroy (3), le texte ne peut avoir cette portée. Il autorise simplement l'héritier à faire sa déclaration en termes quelconques.

On a cru voir encore une preuve de la suppression de la *mancipatio familiæ* dans une constitution de Gordien, insérée au Code Justinien (4) (a. 242).

(1) *Opp.* Ed. de Naples, 1758, t. I, col. 1047, E.

(2) *C.*, 6, 23, 15 : *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa.*

(3) *Codex Theodosianus*, ad l. 1, lib. 4, tit. 4, tom. I, p. 376 s. Edition Ritter (Leipzig, 1734).

(4) *C.*, 6, 11, 2 : *Bonorum quidem possessionem ex edicto prætoris non*

Il nous paraît inexact de voir dans ce texte la confirmation expresse d'un testament civil accompli en dehors de toute *mancipatio familiæ*. Le texte, croyons-nous, peut s'interpréter plus naturellement de la manière suivante. On se demandait (l'écriture acquérant à ce moment une importance juridique considérable), si un testament civil purement oral était valable. L'empereur donne une réponse affirmative et telle était en effet la solution traditionnelle (*explorati juris*).

Quant aux textes qui constatent la dualité du testament prétorien et du testament civil, ils sont assez nombreux. Nous citerons d'abord une loi de Constantin de l'an 326 (C. Th., 4, 4, 1) :

« In codicillis quos testamentum non præcedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet. »

Ce texte fait certainement allusion à deux systèmes différents de testament, car il ne serait pas admissible qu'il y eût simultanément, pour un même acte, deux nombres minimums de témoins requis.

Une constitution d'Arcadius de l'an 396, éclairée par l'*Interprétation*, nous met aussi en présence des deux formes de testament (1).

nisi secundum eas tabulas, quæ septem testium signis signata sunt, peti posse in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, jure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati juris est.

(1) C. Th., 4, 4, 3 : *Nec patet mur fidem conditi arbitrii ad hoc debere*

C'est seulement en 439 qu'une disposition célèbre de Théodose II et de Valentinien III (1) unifia les formes du testament en créant le testament tripartite sur lequel Justinien, qui l'adopta, nous donne d'assez copieux renseignements (2). Le nombre des témoins fut emprunté au système prétorien, qui fournit d'ailleurs à l'acte nouveau la plupart de ses éléments. Pour que le testament fût valable, il fallait qu'il eût été rédigé en présence de 7 témoins.

On pourrait penser que cette législation avait fixé pour longtemps les formalités testamentaires. Pourtant une réaction se produisit six ans plus tard en faveur de l'ancien système dualiste. Il fut en effet sanctionné alors par une novelle de Valentinien (3), mais cet acte législatif ne

convelli si aut majorem in principio signatorum aut minorem aut nullum numerum conditor suæ prædixerit voluntati, cum quinque huic non ignari subscripserint testamento, licet non eisdem series fuerit recensita, sed is qui extremum disponit arbitrium obsignandum porrexerit testamentum.

Interpretatio : Si moriens, cum scribit aut dictat chartulam testamenti, prætermiserit forsitam, ut vocabulum poncet aut civilis, id est quod quinque testium, aut prætorii juris, quod septem testium erit subscriptione firmandum, etc...

(1) Nov. Theo d. II, 16, 1 = C., 6, 23, 21 : *Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quæ in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cujustibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero civibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, etc...*

(2) *Instit.*, II, 10, 3. Cf. *suprà*, p. 129.

(3) Nov. Valent., XXI, 1, 4 : *Idcirco, quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere volun-*

fut pas inséré au Code Justinien qui consacra au contraire le système unitaire.

Malgré cette consécration, dans toute une partie de l'Empire, en Occident, se maintint le dualisme du testament civil et du testament prétorien. Cette survivance nous est attestée tant par les textes législatifs et les auteurs juridiques, que par les testaments concrets qui nous ont été conservés (1).

talem, cui multum roboris erit si vel septem vel quinque testibus muniatur.

(1) Chez les Wisigoths l'*interpretatio* nous montre la perpétuité des deux systèmes (Cf. *suprà*, p. 183, n. 1). Chez les Ostrogoths l'Edit de Theodoric (début du VI^e siècle) est très net. Titre 28, *M.G.H., Leges*, t. V, p. 454 : *Faciendorum testamentorum omnibus quos testari leges permittunt, damus late licentiam ita ut septem aut quinque testes ingenui ac puberes in conspectu testatoris uno tempore eodem roganti subscribent. La lex Romana Burgundionum* nous présente le même système (*M. G. H. Legum, Sectio I Legum nationum germanicarum*, t. II, Pars I, *Leges Burgund.* Ed. R. de Salis, Hanovre, 1892, p. 161) : *Si vero testis adhibentur ante quos testator vel subscribat vel suum testamentum offerat subscribendum, cives Romani testes adhibendi sunt, numero competentis vel V vel VII, qui ad testamentum jure adhiberi possunt quorumque testimonium recipetur, cum quibus est nobis testamenti factio secundum legem Theodosii et Valentiniani ad Florentium præfectum præturii datam.* Le Papien, on le voit, se réfère à la Novelle de Théodose II de 439 et l'on pourrait être tenté de croire, d'après lui, que cette Novelle, loin d'unifier les formes du testament, consacre la dualité des testaments. Telle est l'opinion de Savigny (*Beitrag zur Geschichte des Römischen Testaments = Vermischte Schriften*, I, 127-147). Suivant cet auteur le testament tripartite aurait été créé par Justinien qui aurait interpolé en ce sens, en l'insinuant dans son Code, la Novelle de Théodose II. Mais le texte de la Novelle ne paraît avoir subi, de la part de Justinien, que des remaniements sans importance (Cf. Edition de Mommsen et P. Meyer, *C. Theod.*, vol. II, 38). Il est préférable, croyons-nous, de supposer que le rédacteur de la *lex Romana Burgundionum* a commis une erreur. Ce n'est pas à la Novelle de 439 que son texte se référerait,

Quelle qu'ait été d'ailleurs la portée exacte de l'unification opérée par la création du testament tripartite, un fait se dégage, semble-t-il, de ce qui précède, c'est qu'il n'est pas possible de trouver dans les textes la trace d'une réduction à 5 du nombre des témoins, réduction qui aurait été la conséquence de la suppression de la *mancipatio familiae* (1). Sans doute, les sources nous montrent à plusieurs reprises les 5 témoins exigés par le droit civil en opposition avec les 7 témoins exigés par le droit honoraire, mais il n'y a là aucune réduction, bien mieux aucune innovation. Jamais le droit civil n'avait exigé plus de 5 témoins ; il exigeait 7 cachets, ce qui est tout différent. Tout ce que l'on peut constater, c'est une réduction du champ d'application du nombre 7. On s'attache désormais plus au nombre des témoins qu'au nombre des cachets.

Quant aux actes testimoniaux autres que le testament, le Bas-Empire se borna à les régler, sans que, dans bien des cas, l'on puisse savoir si cette réglementation est une innovation ou une simple confirmation du droit

mais à la Novelle de 446 citée, ou à une autre de la même année (*Nov. Valent. III, XXI, 2*). — Un passage déjà cité (*suprà*, p. 128) d'Isidore de Séville (*Or.*, V, 24, 5 et 6), atteste la distinction entre le testament civil et le testament prétorien. — Quant aux testaments concrets qui nous ont été conservés et qui datent d'une époque postérieure à Justinien (on en trouvera des spécimens de la pratique lombarde in *Monumenta Patriæ Historiæ*, t. XVI, 1873) il semble qu'ils contiennent encore, comme nombre de témoins, les deux nombres 5 et 7. Cf. Savigny, *Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter*, t. II², 1834, pp. 225 ss.

(1) Telle est pourtant l'opinion adoptée par M. Girard, *Manuel*⁴, p. 809, n. 5.

existant. Pour les codicilles pourtant, la réponse est certaine. Ils n'étaient soumis, avant Constantin, à aucune condition de forme ; cet empereur exige qu'ils soient faits, comme le testament, en présence de 5 ou 7 témoins. Certaines *denuntiationes* et *testationes* au sens strict se font par écrit devant un nombre déterminé de témoins (1).

Mais si, dans la forme, le témoignage instrumentaire a gardé une certaine rigidité (qu'il a peut-être même accentuée), il serait tout à fait inexact d'en conclure que notre institution est demeurée pendant la période byzantine ce qu'elle était au temps classique. La fonction des témoins s'est modifiée du tout au tout. Ils se sont rapprochés des témoins des chirographes au point de se confondre avec eux. Bref, de solennels, ils sont devenus probatoires. Une étude attentive de la façon dont le témoignage était rendu nous donnera la raison de ce changement (2).

(1) La réforme date de Constantin pour les codicilles *ab intestat* (*C. Th.*, 4, 4, 1, cité). Elle a été étendue à tous les codicilles par Théodose II (*h. t.* 7, 2, a. 424). Après que le nombre des témoins au testament eut été porté à 7 et généralisé, Justinien généralisa le nombre 5 pour les témoins aux codicilles et interpola en ce sens la constitution de Théodose II. *Sic* Girard, *Manuel*⁴, p. 919, n. 5. Pour un assez grand nombre de dispositions testamentaires le nombre des témoins instrumentaires a été réglementé par le Bas-Empire d'une façon minutieuse.

(2) Pour la légitimation, ou plus exactement pour la déclaration qu'un enfant est légitime, *Nov.* 117, 2 (a. 542) : *Πρὸς τοῦτοις δὲ καὶ κείνο νομοθετῆσαι συνειδόμεν ὥστε εἴ τις υἱὸν ἢ θυγατέρα ἔχων ἔξ ἐλευθέρου γυναικὸς, μεθ' ἧς γάμος συνίστασθαι δύναται, εἴποι ἐν συμβολαίῳ εἴτε ἀγοραίῳ εἴτα ἰδίᾳ χειρὶ συγγεγραμμένῳ καὶ ἔχοντι ὑπογραφὰς τριῶν μαρτύρων ἀξιοπίστων εἴτε ἐν διαθήκῃ εἴτε ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων τοῦτον ἢ ταύτην*

Une modification importante dans la matière première, employée pour la rédaction des titres, la substitution du papyrus et du parchemin aux tablettes, entraîna de grands changements dans la prestation du témoignage écrit. Au temps classique, celle-ci consistait dans la simple application du cachet sur une planchette. Une telle coutume fut rendue matériellement impraticable, dès qu'à la place de ces cahiers de bois ou de bronze à fermeture hermétique, on se servit de rouleaux forcément ouverts (1). Aussi l'usage du cachet perdait-il sa principale utilité, qui était de clore l'acte ; à la place de l'*adsignatio* apparut la *subscriptio*.

Nous avons déjà rencontré la *subscriptio* dans les chi-roglyphes ; elle émane de la contrepartie du destinataire et constitue une sorte d'aveu (2). Au début, la *subscriptio* des témoins sur les actes testimoniaux est très différente : elle est une forme nouvelle de l'*adsignatio* (3). Elle a

ὁὶδὲν αὐτοῦ εἶναι ἢ θυρατέρα, καὶ μὴ προσθῆ καὶ φυσικὸν ἢ φυσικὴν, τοὺς τοιοῦτους παῖδας γνησίους εἶναι... Dans la même novelle (c. 15), Justinien exige que la déclaration faite par le mari trompé, de l'adultère de sa femme, ait lieu en présence de plusieurs témoins, dont le nombre, à la vérité, n'est pas mentionné. Pour l'affranchissement *per epistolam et inter amicos*, Justinien demande 5 témoins (C., 7, 6, 1 c. et 2). Pour l'interruption de certaines prescriptions, il en demande 3 (C., 7, 40, 2). Quant à la *denuntiatio* faite en vertu du sénatus-consulte Claudien, cf. p. 136. Pour la *litis denuntiatio*, cf. p. 90, n. 1.

(1) Cf. Erman, *La falsification des actes dans l'antiquité* in *Mélanges Nicole*, p. 124-126.

(2) Cf. *suprà*, pp. 165 s.

(3) C'est pourquoi quelquefois, même chez les auteurs juridiques, la distinction entre l'une et l'autre n'est pas faite, D., 50, 16, 39, pr. Paul, l. 53 *ad edictum*, Lenel, 655 : *Subsignatum dicitur quod ab aliquo sub-*

simplement pour objet de matérialiser la présence du témoin. Mais il est très important pour notre question de constater qu'elle reste peu de temps dans cet état fruste. On la voit bientôt se développer à tel point que la *subscriptio* de chaque témoin va devenir un acte indépendant, un « petit chirographe » (1). Elle donne un résumé de l'acte, résumé d'abord succinct, mais qui finit par devenir aussi étendu que l'acte même, si bien que l'on sera obligé, pour se reconnaître dans ce fatras, de faire dresser par le scribe une liste énumérative des témoins, la *notitia testium* (2). Sous le régime de la *subscriptio* développée, la fonction probatoire des témoins est indéniable (3). Leur principal rôle est de fournir par

scriptum est : nam veteres subsignationis verbo pro a- lscription enti solebant. Cf. Festus, v° *Signare*. Il est à remarquer d'ailleurs que la pratique de la *subscriptio* n'a pas fait disparaître le cachet qui demeure, à l'état de survivance, accompagné d'une *superscriptio*, dans les actes concrets que nous avons conservés. V. par ex. le procès-verbal d'ouverture de testament de 474 (Girard, *Textes*³, p. 776). Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 809, n. 6 et 810, n. 1.

(1) Cf. sur tous ces points l'étude classique de Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der germanischen und italischen Urkunde*, Berlin, 1880. Bruns, *Die Unterschriften in den Römischen Rechtsurkunden*, 1876 == *Kleinere Schriften*, II (pp. 77 ss.). V. Kroell, thèse citée, pp. 109 ss.

(2) Dans les papyri de Ravenne publiés par Marini (*I papiri diplomatici*, Rome, 1805) on voit la *notitia testium* accompagner le titre privé à partir du vi^e siècle. Peut-être peut-on voir une lointaine origine de cette coutume dans cette phrase de Paul (*Sent.*, III, 4^a, 16), insérée au Digeste, 28, 1, 30, *Singulos testes qui in testamento adhibentur proprio chirographo adnotare convenit quis et cujus testamentum signaverit*. Le mot *convenit* montre, semble-t-il, qu'il s'agit ici d'une coutume et non d'une exigence légale.

(3) Il est cependant une hypothèse, où le témoignage garde sa valeur de solennité, c'est celui du testament secret (*Nov. Th.*, II, 16, 1 et 4).

anticipation la preuve de la teneur de l'acte. La *subscriptio* est un témoignage judiciaire écrit. Mais s'il en est ainsi, pourquoi continuait-on à exiger un minimum légal de témoins aux actes solennels, pourquoi fallait-il qu'ils eussent été *rogati* (1) ? La cause en est à rechercher dans l'esprit de la législation de ce temps, qui, sans aller jusqu'à établir un système légal de preuves judiciaires, soumit le témoignage probatoire lui-même à une réglementation minutieuse qu'il nous faut examiner rapidement.

En droit classique, nous l'avons dit, le témoignage instrumentaire des chirographes n'est autre chose qu'un témoignage judiciaire préconstitué. Les conditions de capacité que l'on exige de ces témoins sont dès lors celles auxquelles sont soumis les témoins judiciaires et le témoignage peut même faire défaut dans ces actes qui portent une preuve en eux-mêmes (2). Mais l'esprit tâtillon de la législation byzantine s'accommodait assez mal d'une pareille liberté. Aussi exige-t-on des témoins des chirographes ou tout au moins de certains d'entre eux qu'ils soient en nombre déterminé. En 472 l'empereur Léon exige la présence de 3 témoins pour le *pignus quasi publicum* (3). Mais Justinien surtout est l'auteur de

(1) Cela est exigé, non seulement pour les témoins au testament, mais pour tous les témoins instrumentaires par Justinien (*Nov.* 90, c. 3).

(2) Cf. *suprà*, p. 169, n° 1.

(3) *C.*, 8, 17, 11 : *Scripturas quæ sæpe adsolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis nunc, hassigendi vel paciscendi seu fenerandi*

nombreuses dispositions de cette nature, qui consomment la confusion des deux institutions (1). Karlowa l'a

vel societatis cœundæ gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quæ idiochira Græce appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypotheca ex ejusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur præponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probata atque integræ opinionis tuum vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

(1) Pour le prêt et le remboursement de sommes dépassant 50 livres d'or, C., 4, 2, 17 (a. 528) : *Inter chirographariis instrumentis hæc pro communi utilitate sancienda duximus ut si quis pecunias credere supra quinquaginta libras auri voluerit vel super reddito debito securitatem accipere, cum amplius sit memorata quantitate, sicut non aliter debere chirographum a debitore vel creditore percipere, quam si testimonium trium testium probatæ opinionis per eorum subscriptiones idem chirographum capiat.* — Pour les pacta nuptialia des illustres, Nov. 74, c. 4 (a. 538) : ἀλλὰ παραγινέσθω πρὸς τινὰ τῶν εὐκτηρίων οἴκων κοινωσάσθω τε τῇ τῆς αἰγιωτάτης ἐκείνης ἐκκλησίας ἐκδίκω, ὃ δὲ παραλαβὼν τρεῖς ἢ τέτταρας τῶν ἐκείσε εὐλαβεστάτων κληρικῶν ἐκμάρτυριαν συνιστάτω. On remarquera que les témoins exigés ici doivent être des clercs Pour l'intercession des femmes : C., 4, 29, 23, 1 (a. 531) : *Sed si quidem in ipsó instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et a tribus testibus consignatum, omnemodo esse credendum.* En 538, Justinien édicte la règle générale suivant laquelle il faut le concours de 3 témoins dignes de foi pour la rédaction des actes *sine tabellione confecta*. Nov. 73, c. 2 : ἀλλὰ κἂν εἴ τις ἡ δανείσματος συμβόλιον ἢ ἄλλου τινὸς πράττοι καὶ μὴ βούλεται τοῦτο ἐπ' ἀγορᾶς συνθεῖναι (ἄτερ καὶ ἐπὶ τῆς παρακαταθήκης ὀρίζομεν) μὴ αὐτόθεν δοκεῖτω πιστὸν τὸ γραφόμενον ἐπὶ τῷ δανείσματι συμβόλιον, πλὴν εἰ μὴ καὶ μαρτύρων ἔχει παρουσίαν, ἀξιοπίστων, οὐκ ἐλαττόνων τῶν τριῶν. On remarquera qu'ici la subscriptio des témoins instrumentaires n'est pas obligatoire. Cf. *Juliani epitome* 229 (Ed. Haenel, 1873, p. 89) : *nulla autem differentia est utrum subscripserint testes an præsentibus*

bien aperçu lorsqu'il dit que, même dans les titres probatoires, les témoins à cette époque sont des témoins de solennité (1). On pourrait dire tout aussi exactement que dans les actes solennels les témoins sont devenus des témoins probatoires. En réalité ces classifications n'ont plus de sens dans le dernier état du droit romain (2). Le témoignage instrumentaire est devenu une institution tout empirique, sans valeur juridique et sans fonction propre, pratique érigée en droit, un des exemples les plus frappants de ce « Vulgarrecht » qui fleurit aux époques de décadence.

eis instrumentum compositum est. — Justinien exige encore la présence de 5 témoins instrumentaires pour la rédaction des contrats des illettrés (*Nov.* 73, c. 8). Les documents concrets nous montrent d'ailleurs que les témoins continuaient à être appelés en assez grand nombre aux chirographes. Dans les papyri de Ravenne publiés par Marini, leur nombre est généralement de 5. Il semble difficile d'admettre avec Karlowa (*R. R. G.*, I, 999) qu'il y ait là un souvenir de la mancipation. Nous verrions plutôt dans ce nombre de témoins supérieur au minimum légal, une marque de la tendance qui porte alors à multiplier le nombre des témoins. Dans les chartes lombardes des *viii^e*, *ix^e* et *x^e* siècles il n'est pas rare de trouver 7 témoins et même davantage. *V. Codex diplomaticus Langobardiæ in Monumenta historiæ patriæ*, t. XVI, 1873 (par ex. n° 168).

(1) Karlowa, *R. R. G.*, I, 998.

(2) Un exemple frappant de cette confusion nous est fourni par l'histoire du testament. Cet acte juridique, que l'on peut considérer comme l'acte testimonial par excellence, est valable sans le concours d'aucun témoin s'il est écrit de la main du testateur (*Nov. Valent.*, XXI, 2, 1 : *Late viam supremis aperimus arbitriis : si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus*). Cette législation du testament olographe ne passa pas du reste dans les compilations de Justinien. On la retrouve dans le Papien, *tit.* 45.

CHAPITRE II

SYSTÈME TESTIMONIAL ET SYSTÈME ADMINISTRATIF.

Si le témoignage instrumentaire n'est plus sous Justilien qu'une survivance, c'est que cette fonction politique que nous lui avons reconnue comme fondement principal et qui, sous des formes diverses, s'était perpétuée jusqu'à la fin de la période classique avait été battue en brèche et avait fini par disparaître devant le fonctionnarisme byzantin. Cette défaite était inévitable. Il était paradoxal que dans une société aussi fortement centralisée et hiérarchisée que l'était l'Empire Romain, une institution pût se maintenir, qui faisait de simples citoyens les dépositaires de la vérité légale. Tout de même qu'à ce moment la justice n'est plus rendue par un particulier mais par un fonctionnaire, de même ici c'est un magistrat qui donnera aux titres privés leur valeur juridique. C'est ce qu'il nous faut maintenant mettre en lumière. Nous étudierons d'abord les origines du système administratif et nous verrons ensuite sa floraison au Bas-Empire.

SECTION I. — Les précédents.

Les Romains ont connu deux procédés pour faire passer dans la sphère du droit certains actes qui, sans cela, auraient été dépourvus d'efficacité juridique. Le premier consiste à les faire accomplir par ou devant un magistrat ; le second est le système testimonial. Or nous voyons ces deux systèmes coexister à Rome depuis une époque très lointaine pour un assez grand nombre d'institutions. Vis-à-vis de la *mancipatio*, les Romains connaissent l'*in jure cessio*, à côté de l'*adrogatio*, l'adoption, à côté de la *manumissio inter amicos*, l'affranchissement par la vindicte. Sans doute, ces institutions ne sont pas exactement symétriques, n'ont point le même domaine d'application ni les mêmes effets. Il n'en est pas moins vrai que dès lors entrent en concurrence deux systèmes, dont l'un pourrait être appelé, assez improprement, démocratique, puisqu'il consiste dans la présence de simples citoyens, dont l'autre suppose une organisation plus savante. Le progrès du droit devait consister à éliminer peu à peu la forme testimoniale au bénéfice de la forme administrative.

Pour les actes de transfert proprement dits, le phénomène est peu visible, et cela s'explique. La collectivité cessa de s'intéresser à ces actes avant qu'un système administratif ait pu se constituer. Dès lors les témoins demeurèrent (à la mancipation), mais ils subsistèrent comme élément de forme. L'adrogation tomba sans doute

assez tôt en désuétude (1). Au temps de Cicéron, elle n'avait plus lieu devant le peuple assemblé, mais devant 30 licteurs. Pour le mode de comparution *in jure*, le système primitif fondé sur la violence légale, l'*in jus vocatio*, céda assez tôt le pas à une organisation plus savante née de l'activité du préteur (2). Ici encore le témoignage perdait sa raison d'être. Il en est de même des divers actes procéduraux que nous avons étudiés au début de ce travail (3) : *superstiles* du procès en revendication, témoins de la *deductio quæ moribus fit*, témoins de la *litis contestatio*. Tous ces personnages perdaient leur utilité devant une organisation rationnelle et méthodique de l'instance, de plus en plus effectivement dirigée par le magistrat. Là où ils subsistent, ils ne sont plus qu'un élément de pure forme.

Mais si le témoignage instrumentaire perd ici du terrain, nous avons vu qu'il en gagne ailleurs. Il s'introduit dans les actes juridiques entre particuliers qui jusqu'alors étaient soustraits à tout contrôle. Sans doute le témoi-

(1) Cependant Gaius nous dit encore, I, 99, qu'elle se fait, de son temps, *populi auctoritate*. Dioclétien, C., 8,47 (48), 2, constate son existence théorique. Cf. Girard, *Manuel*⁴, 170,4.

(2) Non seulement le système rudimentaire de l'*in jus vocatio* est de moins en moins employé, mais le mode de citation moderne, la *litis denuntiatio*, d'abord fait sous la forme d'une *testatio* privée, est depuis Constantin (C. Th., 2, 4,2) un acte accompli sous le contrôle du magistrat. Cf. Kipp, v^o *Denuntiatio* in Pauly-Wissowa, col. 225. Encore ce système est-il remplacé sous Justinien par un système « encore plus administratif » selon l'expression de M. Girard (*Manuel*⁴, p. 1068), celui du *libellus conventionis*.

(3) Cf. *supra*, I^{re} partie, ch. 1^{er}.

gnage ne devient pas un élément substantiel de l'acte, du contrat par exemple, mais, donné dans certaines conditions, il lui donne une force particulière assez analogue à celle de notre acte authentique (1).

Sur ce terrain encore le témoignage devait rencontrer la concurrence du système administratif, mais elle ne devait se faire sentir qu'assez tard. Pendant la période classique nous ne rencontrons qu'une première ébauche, assez timide, de ce système (2).

A la rigueur, on pourrait en voir une marque dans la très ancienne institution du cens (3). Dès une époque très reculée, l'Etat considéra comme de son intérêt de constater officiellement le nombre et la fortune des citoyens. C'est à cette préoccupation que se rattache la création du cens et de la censure. Les *patresfamilias* devaient faire auprès des censeurs, à intervalles réguliers, des déclarations (*professiones*) concernant les personnes qu'ils avaient sous leur *potestas* et les biens dont ils avaient la propriété. Cette institution se développa d'ailleurs dans le cours du temps, son organisation devint plus complexe et les peines qui frappaient les délinquants plus sévères.

(1) Cf. *suprà*, p. 158.

(2) Suivant Mommsen, *Dr. public*, IV, 247 s., l'Etat ne peut guère avoir reçu, au temps de la République, de dépôt de titres privés. Ceux-ci étaient souvent déposés chez un banquier ou plus fréquemment encore dans un temple. On trouvera un certain nombre de textes rassemblés par Dziatzko in Pauly-Wissowa, II, col. 559 ss. Cf. Ulpien, *D.*, 43, 5, 3, 3 ; Ulpien, I. 68 *ad edict.* ; Lenel, 1476.

(3) Sur le cens, V. Mommsen, *Dr. public*, t. IV, pp. 35-101.

C'est au même ordre d'idées qu'il convient, croyons-nous, de rattacher l'institution plus récente de la déclaration officielle des naissances. S'il faut en croire les auteurs de l'Histoire Auguste (1), Marc-Aurèle aurait été le premier à faire tenir, à l'*ærarium*, un registre des naissances. Chaque enfant devait être, dans le mois de sa naissance, présenté à l'*ærarium* et son nom inscrit sur un registre affecté à cet usage. Copie de cet acte était délivrée aux intéressés (2). La fonction remplie à Rome par les *quæstores ærarii*, l'était en province par les *tabularii*.

On s'étonne de ne trouver dans les sources aucune trace de la constatation officielle des décès. Ceux-ci ne sont l'objet d'un contrôle de l'Etat que d'une façon indi-

(1) Capitolinus, *M. Anton. Phil.*, 9,7 : *Liberales causas ita munivit ut primus juberet apud præfectos ærarii Saturni unumquemque civium natos liberos profiteri intra tricensimum diem nomine imposito*. Il semble que l'on ne doive pas ajouter foi à ce renseignement, car un passage de l'Apologie d'Apulée nous montre un registre officiel des naissances fonctionnant bien avant cette date, dès avant le temps d'Hadrien (*Apologia*, ed. Krueger, c. 89. Cf. Girard, in *N. R. H.*, 1906, p. 495 s. Wilcken, in *Archiv für Papyrusforschung*, 1908, p. 251 ss. Il se peut toutefois qu'un pareil système n'ait pas été généralisé dès cette époque. Cf. W. Levison, *Die Beurkundung des Civilstandes im Altertum*. Inaugural Dissertation, Bonn, 1898, p. 13. — *Contrà* : Dziatzko, art. *Archive* in Pauly-Wissowa, II, col. 561. Quant aux *acta publica* qui contiennent en effet l'annonce de la naissance de personnages connus (Voir les textes cités par Levison, *op. cit.*, p. 11), c'étaient des publications sans caractère officiel. Cf. Marquardt, *Vie privée*, p. 105, n. 4.

(2) Cette copie était munie de cachets comme celle des privilèges accordés aux vétérans. Apul., *Apol.*, *loc. cit.* : *linum consideret, signa quæ impressa sunt recognoscat*.

recte et incomplète. Le contrôle administratif ne se produit en effet, dans un intérêt tout fiscal d'ailleurs, que lors de l'ouverture des testaments (1). Encore n'y a-t-il pas là conflit, mais simple coexistence du système administratif avec le système testimonial.

En dehors de ces faits, si peu caractérisés, il est impossible, croyons-nous, de trouver un exemple à Rome, jusqu'à la fin de la période classique, d'une intervention quelconque des autorités constituées de l'Etat lors de la rédaction des actes privés. Le fait est d'autant plus remarquable qu'un contrôle organisé était usité depuis fort longtemps dans les provinces orientales de l'Empire (2). Le fonctionnarisme rencontra pendant longtemps, dans les mœurs romaines, un obstacle tout puissant.

Par une tout autre voie, le principe nouveau tendait à s'introduire. Au début du Principat, les actes sont encore rédigés par des esclaves ou des affranchis de l'une des parties, mais à partir d'une certaine époque difficile à

(1) Sur l'ouverture des testaments, cf. *suprà*, p. 158. Comme nous l'avons dit, les témoins ne jouent, à cette opération, qu'un rôle tout à fait secondaire, bien que juridiquement nécessaire. L'ouverture des testaments est essentiellement un acte administratif depuis la loi Julia vicesimaria. C'est au bureau de perception de l'impôt qu'elle a lieu, c'est un fonctionnaire qui y préside.

(2) Les titres juridiques grecs qui à l'origine étaient rédigés en présence de simples particuliers en nombre d'ailleurs variable (J. Simon, in *Wiener Studien*, 12, 1890, p. 362) et confiés à la garde de l'un d'eux, le *συγγραφοῦλαξ*, perdirent assez tôt ce caractère privé. Dès le ^{II} siècle avant J.-C. les plus importants d'entre eux furent rédigés devant les agoranomes (*Sic* : Mitteis, *Römisches Privatrecht*, p. 308). En Egypte le système fut de bonne heure perfectionné (Cf. Revillout in *Rev. Egyptol.*, II, 103 ss.)

préciser, on voit des individus faire de la rédaction des actes privés une véritable profession. Ce sont les tabellions romains dont le caractère juridique a été bien mis en lumière par Bethmann-Hollweg (1). Comme le remarque cet auteur, les tabellions ne sont pas à l'origine autre chose que des scribes, des écrivains publics. Le tabellionat existait certainement à l'époque d'Ulpien et il semble que l'on doive faire remonter ses origines un peu plus haut. Il avait des analogues dans les civilisations orientales, et il est possible que l'influence hellénique ne soit pas étrangère à son introduction à Rome. Les tabellions, souvent appelés aussi *forenses*, avaient pour métier de rédiger les actes privés. Ils se tenaient sur les places publiques et les carrefours. Ils formaient des groupes locaux (*stationes*) organisés et hiérarchiquement constitués. Ils n'avaient point encore, à la fin de la période classique, acquis de monopole. C'était une corporation de commerçants, comme une autre ; les tabellions n'étaient ni des fonctionnaires ni même des officiers ministériels.

SECTION II. — La période byzantine.

Ainsi, au début de la période byzantine, la centralisation administrative ne menace encore que bien faiblement le témoignage instrumentaire. D'un côté en effet

(1) *Civilprozess*, III, 169 ss.

les individus chargés de rédiger les actes privés ne sont revêtus d'aucun caractère officiel, et d'autre part les actes privés accomplis par l'autorité elle-même ou devant elle sont en nombre extrêmement restreint ; pourtant le droit classique avait posé deux principes que le Bas-Empire devait développer.

1. Sans doute les Romains n'ont jamais connu d'institution juridique semblable à celle de nos offices ministériels. Pourtant il n'est pas exagéré de dire qu'à la dernière époque il tendait à se constituer chez eux un système analogue. Si jusqu'à la fin du droit romain le tabellionat demeura une profession privée, il est intéressant de remarquer qu'il fut de plus en plus réglementé, de plus en plus subordonné au contrôle de l'autorité.

Les tabellions sont d'abord soumis à leur discipline propre. Ils constituent, au moins dans les villes les plus importantes, des collèges (1), à la tête desquels se trouve un *Primicerius* (2). On peut supposer avec vraisemblance que l'activité professionnelle des tabellions était réglée par les statuts intérieurs de la corporation. Pourtant il ne semble pas que ces garanties fussent suffisantes, car le métier de tabellion était assez déconsidéré, du moins à l'origine. Constantin ordonne aux décurions de se démettre des *tabellionum officia* (3).

(1) Nov. 44 (a. 536). Marini, *Pap. diplom.*, n° 92.

(2) Cf. Marini, n° CX, CIX, XC.

(3) C. Th., 12, 1, 3 (a. 316) : *Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare*. Ce texte montre pourtant, comme le fait

A mesure que les tabellions prenaient de l'importance comme rédacteurs des titres privés, les empereurs se préoccupaient de réglementer leur profession. Déjà au temps d'Ulpien on écartait de cette charge certains individus comme indignes (1). D'autre part Dioclétien réglemente leurs honoraires en fixant le tarif de la ligne d'écriture (*versus*) (2). Mais surtout, ce qui nous intéresse davantage, toute une série de mesures législatives organisent et précisent leur responsabilité. Ce sont d'abord des constitutions de Léon et d'Anthemius qui vers le milieu du V^e siècle frappent les tabellions coupables d'avoir rédigé des contrats prohibés (3). Une constitution de Justinien punit le tabellion qui a rédigé un testament contrairement aux lois, des mêmes peines que le faussaire (4) ?

Si la responsabilité du rédacteur du titre s'est ainsi

remarquer Karlowa (*R.Rg.*, I, p. 1000), que des tabellions étaient appelés au décurionat.

(1) *C. I. L.*, III, 2, p. 831 : 7,41.

(2) *D.*, 48, 19, 9, 4 s. Ulpien, l. 10 *de officio proconsulis*, Lenel, 2246: *Nonnunquam non advocationibus cui interdicetur sed foro, plus est autem foro quam advocationibus interdicere, siquidem huic omnino forensibus negotiis accomodare se non permittatur. Solet autem ita vel juris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus sivi pragmaticis. Solet et ita interdici ne instrumenta omnino forment neve libellos concipiant vel testationes consignare.*

(3) *C.* 1, 2, 14, 6 (a. 470) ; 4, 42, 2 pr. (a. 457-465) ; 11, 54 (53), 1, pr. (a. 468).

(4) *C.* 6, 23, 29, 7 (a. 531).

accrue, c'est que son importance juridique avait considérablement augmenté. Dans les actes privés du premier type, dans l'ancienne *testatio* romaine, le scribe avait un rôle juridique absolument nul. Il en est de même des chirographes des premiers siècles. Au contraire à partir du V^e siècle nous voyons le rédacteur se nommer et mentionner sur l'acte sa qualité de tabellion (1) ; enfin sous Justinien sa fonction est nettement prédominante, car cet empereur décide que là où le tabellion est intervenu l'acte sera dépourvu de valeur s'il n'est pas *completum* par celui-ci (2). Sans doute on continue à exiger, par routine, la *subscriptio* des témoins, mais la formalité essentielle, c'est la *completio* du tabellion.

Bien des difficultés se sont élevées au sujet de cette *completio* ; il semble admis aujourd'hui (3) qu'elle consiste dans une homologation du tabellion. Par la *completio* il

(1) Cf. Marini, *op. cit.* Souvent le tabellion prend le nom de *rogatorius*.

(2) C. 4,21,17 (a. 528) : *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cujuscumque causæ, illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam quas instrumento recipi convenit, non aliter vires haberi sancimus nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque pretium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipsa completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat priusquam hæc ita processerint, vel a scheda conscripta licet litteras unius partis vel ambarum habeat vel ab ipso mundo quod nutum est impletum et absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare.* Cf. *Inst.*, III, 24 pr. Justinien exige que le tabellion assiste à l'acte (Nov. 44, c. 1 pr. et 51).

(3) Depuis l'étude de Brunner, *Zur Rechtsgeschichte...*, p. 71 ss. Cf. Kroell, *op. cit.*, p. 124 ss.

certifie que la copie qu'il établit est conforme au brouillon qui lui a été présenté et prend la responsabilité de cette conformité. La *completio* est un signe très net que désormais toute la force probante de l'acte émane du tabellion et non plus des témoins. L'homologation, conférée jadis par la *scriptio*, va l'être maintenant par la *completio*. Cette équivalence est affirmée d'une manière frappante par la nouvelle 73, c. 2 (1) qui exige la présence et la *scriptio* de trois témoins aux actes *sine tabellione confecta*. Ces témoins sont des témoins de solennité. Ce sont à vrai dire les derniers et, avec ceux du testament secret, les seuls que nous rencontrons à cette époque. Les témoins qui interviennent aux actes rédigés par un tabellion n'ont qu'une fonction probatoire. Ils peuvent même paraître surrogatoires (2). Toute la force du titre vient en effet de la *completio* du tabellion, ce qui s'explique par les garanties que présentaient ces personnages. Toutefois les actes rédigés par les tabellions ne jouissent pas d'une véritable authenticité. Pour conférer ce caractère aux actes privés, il est nécessaire de les passer devant l'autorité (3).

2. Cette dernière pratique, nous l'avons vu, n'avait reçu

(1) Citée *suprà*, p. 191, 1.

(2) L'article 971 du Code civil présente un exemple du même phénomène. Il exige la présence de 2 témoins en plus des deux notaires ou de 4 témoins en sus du notaire unique, pour la validité du testament par acte public.

(3) Sur la différence de force probatoire des actes rédigés par le tabellion et des titres *apud acta*, v. Kroell, *op. cit.*, pp. 139 ss.

en droit classique qu'une application restreinte. C'est seulement au iv^e siècle qu'elle prit un grand développement.

A ce moment les institutions municipales sont en pleine décadence (1). Elles n'ont plus aucune vitalité et laissent aux administrations centrales le soin de veiller à la gestion des intérêts publics. Dès lors elles devaient dépenser toute une activité dans la sphère des intérêts particuliers. Plusieurs circonstances favorisaient cette transformation. Tout d'abord l'influence hellénique. On sait que depuis longtemps les Grecs avaient connu le système de l'authentification des titres par le dépôt dans les caisses publiques (2). Il n'est pas étonnant que cette pratique se soit étendue précisément au moment où la capitale du monde romain était transférée dans la partie orientale de l'Empire. D'autre part l'abaissement général du niveau de la culture rendait de plus en plus difficile le maintien du système d'authentification par les témoins, il devenait malaisé de trouver partout des individus qui sussent écrire. Le recours à l'autorité

(1) Cf. Ch. Diehl, *Etudes sur l'administration byzantine dans l'exarchat de Ravenne* (568-751), 1888, p. 80 s. Declareuil, *Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'Empire Romain*, in *N. R. H.*, 1907, pp. 460 ss. Martel, *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans les gesta municipalia*, thèse Paris, 1877. Bruno Hirschfeld, *Die gesta municipalia in römischer und frühgermanischer Zeit*. Inaugural Dissertation, Marburg, 1904.

(2) Cf. Dareste, *Le χρωφυλάκιον dans les villes grecques* in *Bulletin de Correspondance hellénique*, 1882, pp. 241-245. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 173.

présentait de sérieuses garanties de science et de moralité. On fut donc assez naturellement amené à se servir, pour jouer ce rôle, de cet organisme municipal qui se trouvait sans fonction propre. Sans doute les autorités municipales ne sont pas les seules qui, au Bas-Empire, aient possédé le *jus acta conficiendi*. Une constitution de Valentinien et de Valens, qui porte la date de 366, accorda ce droit aux magistrats sans exception ni distinction (1). Mais dans la pratique on avait surtout recours aux fonctionnaires de la curie, plus proches des particuliers, plus facilement accessibles.

Tous les fonctionnaires municipaux jouissaient-ils de ce droit ? Si la réponse n'est pas douteuse pour les magistrats supérieurs, la situation des fonctionnaires subalternes, les *tabularii*, a soulevé quelques difficultés. Ce qui contribue à rendre la question délicate, c'est que manifestement quelques textes du VI^e siècle confondent le *tabularius* et le tabellion (2), soit qu'en fait toute distinction se fût à ce moment effacée entre les deux personnages, au moins en certaines régions, soit que nous soyons là simplement en présence d'une faute de terminologie. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, il subsiste un petit

(1) C. 1, 56, 2 : *Magistratus conficiendorum acterum habeant potestatem*. Il est fort possible que la constitution contient des précisions dans son texte primitif.

(2) Ainsi quand Justinien, en 521 (C. 6, 22, 8), prescrit qu'au testament de l'aveugle le *tabularius* pourra être remplacé par un 8^e témoin, il faut lire, semble-t-il, le tabellion. Cf. plus douteuse, une autre disposition de Justinien, de l'an 531 (C. 7, 6, 1, 1 c.).

nombre de textes qui semblent bien faire allusion à une activité propre du *tabularius*. Nous estimons, avec Karlowa (1), qu'il ne possède pas le *jus gestorum* dans son intégralité. Il n'en jouit que dans certains cas spécialement déterminés par la loi, c'est-à-dire pour des actes peu importants ou à défaut de magistrats plus qualifiés (2).

L'insertion des titres privés dans les registres publics avait donc lieu par les soins de ceux auxquels avait été concédé le *jus acta conficiendi*. L'opération reçut le nom d'*insinuatio*. Elle se composait de trois actes, la présentation au greffe, la copie du titre, enfin l'insinuation proprement dite, c'est-à-dire l'enregistrement de la copie dans les archives publiques (3). Les parties se présentaient au greffe et là, en présence du magistrat et des témoins (4), lisaient l'acte dont l'insinuation était demandée. Celui-ci était alors transcrit *in extenso* soit par le greffier (*exceptor publicus*), soit par un simple tabelion. La condition juridique essentielle était la présence du magistrat ayant le *jus acta conficiendi*. Pourtant, en 396, les empereurs Arcadius et Honorius exigent

(1) *R. Rg.*, I, p. 999.

(2) Par exemple pour les inventaires, C. 7, 72, 10, 2 (a. 532). Le *tabularius* remplace le *defensor civitatis* (C. 1, 55, 9). Honorius et Théodose, a. 409.

(3) Declareuil, *N. R. H.*, 1907, p. 489 et 639.

(4) Les témoins n'ont point ici d'autre rôle que de reconnaître leur cachet et par là même l'authenticité de l'acte. Leur fonction est exactement identique à celle qu'ils remplissent lors de l'ouverture des testaments (Cf. *suprà*, p. 158).

une condition de plus. Ils exigent, pour les *municipalia gesta*, la présence de 3 *curiales* (1). Faut-il voir, dans ces *curiales*, des témoins instrumentaires ? Cela nous paraît difficile. Leur caractère et leur fonction ne diffèrent pas beaucoup de ceux du magistrat qu'ils accompagnent et dont ils sont en quelque sorte les assesseurs. La vérité est que la notion même du témoignage instrumentaire est à ce moment si désagrégée qu'elle s'évanouit en formes hybrides et mal définies. Dans le mécanisme de l'insinuation, institution bureaucratique, il n'y a pas de place pour le témoignage, issu du principe contraire (2).

Sans doute l'insinuation n'était pas obligatoire ou du moins ne l'était que pour une certaine catégorie d'actes (3) les donations, mais ses avantages en généralisèrent l'emploi. Au ^{vi}e siècle la plupart des actes privés importants sont portés aux curies municipales pour y être insinués.

L'insinuation n'est pas, à beaucoup près, le seul mode d'intervention directe des autorités constituées dans les actes juridiques privés au Bas-Empire. C'est ainsi que certains effets de droit civil comme l'émancipation (4) et

(1) *C. Th.*, 12, 1, 151 : *Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium præsentia excepto magistratu et exceptore publico semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur.*

(2) C'est ce que dit très nettement l'empereur Zénon, *C.* 8, 53 (54), 31, pr. : *superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant.*

(3) L'insinuation était déjà pratiquée pour les donations (*Fr. Vat.*, 266 a), mais peut-être seulement dans les régions orientales de l'Empire, lorsqu'elle fut rendue obligatoire pour ces actes par Constance Chlore et Constantin (*C. Th.*, 3, 5, 1). Justinien dispense certaines donations de cette formalité (V. Girard, *Manuel*, p. 989, 1).

(4) V. par exemple les nos 121 et 122 de Marini.

la légitimation purent être concédés par rescrit des empereurs (1).

Quel était dès lors le domaine du témoignage instrumentaire ? A vrai dire, à ce moment il n'existe plus en tant qu'institution juridique distincte. Si l'acte est rédigé par un tabellion, des témoins y interviendront fréquemment ; même, dans la plupart des cas ils devront obligatoirement intervenir, et cette intervention sera déterminée minutieusement par la loi. Mais ce ne sont plus des témoins instrumentaires proprement dits. Ce sont des témoins probatoires réglementés, sorte de compromis entre les témoins aux actes et les témoins au procès (2). Ils n'ont plus, à ce moment, aucune force légalisatrice. Dans les actes passés devant les magistrats le rôle des témoins est encore plus effacé. Leur présence n'est pas seulement juridiquement, mais légalement inutile.

(1) Pour l'émancipation, la réforme est opérée par Anastase en 502 (C. 8, 48, 5) et confirmée par Justinien (C. h. t., 6). Pour la légitimation, en 538, Justinien admet qu'elle peut se faire par rescrit du prince (*Nov. 74*, c. 1 et 2). Autres cas d'intervention : En matière de tutelle l'inventaire devra être fait en présence d'un *tabularius* (C. Th., 3, 30, 6). Pour le testament, l'influence administrative se fait sentir dans la création du *testamentum apud acta* déjà pratiqué en 413 (C. 6, 23, 19). L'affranchissement *apud acta* (C. 7, 6, 10, a. 531). peut être rapproché de l'ancien affranchissement *censu*. D'après le livre Syro-Romain, § 21 (Ed. Bruns-Sachau, 1880, p. 9), il est préférable d'affranchir un esclave devant l'autorité religieuse ou civile que devant de simples témoins. Cf. encore constitution de mandat *apud acta* (*Fragm. Vatican*, § 317). On pourrait citer encore un bon nombre d'exemples d'intervention administrative.

(2) Il semble que tel soit aussi le caractère des témoins qu'on rencontre en grand nombre dans les chartes des nations germaniques.

Leur fonction probatoire, comme leur fonction solennelle sont remplies par les fonctionnaires ayant le *jus acta conficiendi*.

A aucune époque du droit romain le témoignage instrumentaire ne tient une aussi grande place dans la législation que pendant la période byzantine. Jamais il ne fut autant réglementé et pourtant jamais son importance juridique ne fut aussi faible. Si rien dans la forme ne distingue les témoins instrumentaires byzantins de ceux de l'ancienne *testatio* romaine, leur caractère juridique est profondément différent. Le témoignage instrumentaire a perdu toute individualité ; ce n'est plus qu'une faible mesure de garantie pour les contractants contre l'abus qu'on pourrait faire du titre écrit qui constate leur obligation, en même temps qu'un moyen commode de se procurer des preuves judiciaires. Les témoins instrumentaires sont donc des preuves préconstituées, et si on réglemente d'une façon assez minutieuse leur nombre et leur capacité, c'est qu'au Bas-Empire l'ancienne maxime romaine de la liberté de la preuve subit de graves atteintes, comme il devait arriver fatalement dès que l'on eut remplacé le juge juré par le juge professionnel. Encore faut-il se garder d'exagérer l'utilité de cette fonction probatoire de nos témoins. Dans la grande majorité des cas, la force probatoire du titre résidera dans la *completio* du tabellion. En sorte que l'on peut considérer le témoignage instrumentaire byzantin, de même que le serment dont Justinien fut si prodigue, comme un des nombreux *impe-*

dimenta dont l'esprit tatillon d'une administration bureaucratique encombra la pratique juridique de ce temps. Mais si le témoignage instrumentaire du Bas-Empire n'est plus une institution juridique au vrai sens du mot, nous avons vu qu'il serait contraire à la réalité de voir en lui le véritable témoignage instrumentaire romain qui, à mesure que l'on remonte dans le passé, prend des traits plus accusés et se distingue davantage du témoignage judiciaire.

Vu :

Le Président de la thèse,
P. F. GIRARD.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES TEXTES CITÉS

Les textes qui ont fait l'objet d'une étude particulière
sont imprimés en caractères gras.

I. Textes épigraphiques.

LOI LATINE DE BANTIA, c. 1	p. 41, 1.
LOI DE SALPENZA, c. XXII	p. 38, 3 ; 49, 3.
*C. I. L. , III, 2, p. 831	p. 201, 1.
III, 2, p. 922 ss. (Triptyques de Transylvanie).	p. 150, 1 ; 171, 2.
III, 2, p. 924.	p. *150, 2 ; *170, 1.
III, Sup. p. 1955 ss. (Diplômes militaires)	p. 149 ; *161 ss.
IV, Sup. 1 (Quittan- ces de Pompéi).	p. 94, 2 et *3 ; 171, 2.
VI, 10.239	p. 46, 5.
10.241	p. 46, 5.
10.247	p. 46, 5.
X, 1.277	p. 53, 4 ; 163, 10.
B. G. U. , n° 326	p. 46, 5 ; *129 s. ; 149, 4.
361	p. *131, 1 ; 157, 5.
600	p. 149, 4.
BRITISH MUSEUM PAPYRI, n° 229	p. 149, 4.
BRUNS, FONTES ¹ , p. 257.	p. 150, 2 ; 171, 2.
p. 319.	p. 73, 3 ; 149, 4.
p. 420.	p. 171, 2.
GIRARD, Textes ² , p. 849	p. 149, 4.
N. R. H. , 1906, p. 478.	p. 171, 2.

II. Textes juridiques.

BASILIQUES :	
35,1,19	p. 41, 6.
35,1,21	p. 118, 1.
CODE JUSTINIEN :	
1, 2,14,6	p. 201, 3.

1, 5, 21, 2 et 3.	p. 178. 3.
1, 55, 9.	p. 206. 2.
1, 56, 2.	p. 205. 1.
4, 2, 17.	p. 191. 1.
4, 21, 17.	p. 202. 2.
4, 29, 23, 1.	p. 191. 1.
4, 42, 2, pr.	p. 201. 3.
6, 11, 2.	p. 182. 4.
6, 22, 8.	p. 205. 2.
6, 23, 1.	p. 126. 2.
6, 23, 15.	p. 132. 2; 182. 2.
6, 23, 19.	p. 208. 1.
6, 23, 21.	p. 184. 1.
6, 23, 22.	p. 180. 4.
6, 23, 29, 7.	p. 201. 4.
7, 6, 1, 1 c et 2.	p. 187. 2; 205. 2.
7, 6, 10.	p. 187. 2.
7, 40, 2.	p. 208. 1.
7, 72, 10, 2.	p. 206. 2.
8, 17, 11.	p. 190. 3.
8, 47 (48), 2.	p. 195. 1.
8, 48, 5 et 6.	p. 208. 1.
8, 53 (54), 31, pr.	p. 207. 2.
11, 34 (33), 1, pr.	p. 201. 3.
CODE THÉODOSIEN :	
2, 4, 2.	p. *90. 2; 195. 2.
3, 5, 1.	p. 207. 3.
3, 30, 6.	p. 208. 1.
4, 4, 1.	p. 183; 187. 1.
4, 4, 3.	p. 128. 1; 183. 1.
4, 4, 3, 3.	p. 180. 3.
4, 12, 2.	p. 134. 2.
12, 1, 3.	p. 200. 3.
12, 1, 151.	p. 207. 1.
14, 3, 3, pr.	p. 95. 1.
14, 15, 2.	p. 95. 1.
16, 5, 40.	p. 178. 2.
16, 7, 4.	p. 178. 1.
DIGESTE :	
1, 2, 2, 49.	p. 167. 1.
3, 2, 21.	p. 89. 2; *147. 2.
3, 8, 15.	p. 39. 2.
4, 8, 32, 14.	p. 91. 3.
4, 1, 27, pr.	p. 89. 2.
9, 2, 4, 1.	p. 58. 2; *79. 1.
9, 2, 28, 1.	p. 92. 1.
11, 7, 14, 7.	p. 91. 1.
14, 6, 16.	p. 92. 5.
15, 4, 1, 1.	p. 92. 2.
18, 3, 8.	p. 91. 1.
18, 6, 1, 3.	p. 97.

20,1,34,1	p. 152, 1.
22,4,4.	p. 152, 1.
22,5,2.	p. 89, 2.
22,5,3,4.	p. 173, 2.
10	p. 120, 1.
12	p. *78,3 ; p. 81, 3.
13	p. 119, 1 ; p. 133, 1.
14.	p. *118, 2 ; p. 155, 3.
15	p. 116, 1.
24,2,9.	p. 136, 1.
25,3,1.	p. 91, 1 et 3.
1,2.	p. 95, 2.
1,3	p. 103, 1.
1,4,4	p. 95, 2.
25,4,1,10	p. 50, 5.
25,7,3, pr.	p. 92, 1.
26,7,5,10	p. 91, 3.
	p. 92, 1.
28,1,18, pr.	p. 104, 3.
18,1	p. 113, 4.
20, pr.	p. 115, 2 ; 123, 2.
20,5.	p. 117 s.
20,6.	p. 119, 1.
20,7	p. 67, 1.
20,8	p. 133, 3.
20,9	p. 156, 2.
20,10.	p. 133, 4.
21	p. 132, 1 et 4.
21,2	p. 105, 1.
22.	p. 126, 2.
22,5	p. 157, 1.
26	p. 114, 2.
27	p. 105, 2 ; p. 106, 1.
30	p. 189, 2.
28,5,59 (58), pr.	p. 132, 3.
29,3.	p. 157, 5.
33,5,20	p. 95, 2.
34,5,14 (15)	p. 126, 1.
38,11,1,1	p. 136, 1.
39,1,5,7	p. 92, 1.
39,1,8,1.	p. 99, 1.
41,7,8.	p. 91, 1.
42,8,10,3	p. 91, 3.
43,24,1,7.	p. 97, 4.
45,1,30.	p. 159, 1.
47,10,5,9.	p. 111, 1.
10	p. 112, 1 ; 113, 4.
48,3,14,5.	p. 89, 2.
48,10,9,3	p. 147, 1.
48,10,23	p. 168, 1.
48,19,9,4.	p. 201, 2.
49, 1,23,3	p. 198, 1.

	50,16,39, pr	p. 188, 3.
	50,16,40, pr	p. 97, 1.
	50,16,238,1	p. 97, 2.
	50,17,2	p. 67, 1.
GAIUS.		
I	29.	p. 135, 2.
	91.	p. 136, 2.
	99.	p. 195, 1.
	112	p. 71, 1.
	113	p. 37; 145, 1.
	119	p. 36, 1; 37, 1.
II		p. 49, 8; 61, 1.
		p. 154, 2.
	160	p. 136, 2.
	104	p. 37, 1.
	105	p. 44, 2, 67, 2.
		p. 119, 2; 121, 2.
		p. 130, 4.
	106	p. 121, 2.
	107	p. 155, 2.
	108	p. 122, 2 et 3.
	117	p. 132, 3.
	119	p. 154, 2.
III	147	p. 154, 2.
	180	p. 16, 1; 25, 1.
IV	186	p. 78, 2.
	13	p. 24, 1.
	14	p. 14, 1.
	15	p. 26, 3.
GAIUS D'AUTUN.		
ÉPITOME DE GAIUS.		
	I, 6, 3	p. *46, 1; p. 159, 1.
INSTITUTES.		
	2, 10, 1	p. 179, 2.
	2	p. 128 s.
	3	p. 184, 2.
	5	p. 146, 3.
	6	p. 109, 1.
	7	p. 126, 2.
	10	p. *123, 4; 130, 4.
	11	p. 126, 1; 180, 1.
	3, 24, pr.	p. 202, 2.
	4, 4, 8.	p. 91, 2; p. 111, 3.
NOVELLES DE THÉODOSE II.		
	16, 1 et 4.	p. 184, 1; 189, 3.
NOVELLES DE VALENTINIEN III.		
	21, 1, 4.	p. 184, 3.
	21, 2, 1.	p. 192, 1.
NOVELLES DE JUSTINIEN.		
	44	p. 200, 1, et 202, 2.

	73, 2 et 8	p. 191, 1.
	74, 1 et 2	p. 208, 1.
	74, 4	p. 191, 1.
	90, 3	p. 190, 1.
	117, 2	p. 187, 2.
EPITOME DE JULIEN.		
	229	p. 191, 1.
PAUL.		
Sent.		
II	21, 17	p. 136, 2.
II	24, 8	p. 98, 1.
III	4 ^a , 4	p. 20, 4 ; 133, 1.
	12	p. 108, 7.
	14	p. 116, 1.
	15	p. 39, 3.
	16	p. 189, 2.
IV	6	p. 157, 2.
V	4, 11	p. 147, 2.
	4, 15	p. 113, 4.
	4, 20	p. 114, 1.
	7, 2	p. 159, 1.
	15, 1	p. 59, 3.
	25, 6	p. 156, 1.
ULPIEN.		
Reg.	3, 4	p. 135, 2.
	9, 1	p. 71, 1.
	11, 11	p. 136, 2.
	19, 3	p. 36, 1 ; 45, 1.
		p. 53, 3.
	19, 4	p. 38, 2.
	20, 2	p. 106, 2 ; 123, 1.
	20, 3	p. 44, 2 ; 67, 2.
		p. 119, 2 ; 121, 2.
		p. 130, 4.
	20, 6	p. 44, 3 ; 121, 3.
	20, 7	p. 108, 4 et 6.
	20, 8	p. 107, 1.
	20, 13	p. 108, 7.
	20, 14	p. 107, 2.
	20, 15	p. 107, 3.
	20, 16	p. 107, 4.
	23, 6	p. 154, 2.
VALERIUS PROBUS.		
Notæ.		
In Leg. Act. 9		p. 59, 3.
In Ed. Perp. 8		p. 56, 4.
FRAGM. DU VATICAN.		
	95	p. 95, 2.
	266, a	p. 207, 3.
	317	p. 208, 1.
XII TABLES.		
	1, 1	p. 79, 2.

2, 3	p. 55, 1.
5, 3	p. 34, 3.
8, 1a	p. 21, 1 ; * 39, 4.
8, 8a	p. 53, 4 ; 54, 1.
8, 22	p. 110, 2.
10, 4	p. 110, 1 ; 110, 1.

III. *Textes littéraires.*

APULÉE. Apol. 89	p. 197, 1 et 2.
AULU-GELLE : Noct. Att. :	
6, 13	p. 49, 7.
6, 18	p. 43, 3.
7, 7, 2	p. 37, 3.
13, 16, 2	p. 33, 1.
15, 13	p. 39, 4.
15, 27, 3	p. 32, 4.
CAPITOLINUS Vita M. Ant. Phil. 9, 7.	p. 197, 1.
CICÉRON :	
De leg. II, 9, 4	p. 43, 3.
De offc. I, 7, 22	p. 37, 4.
III, 31	p. 7, 3.
III, 44	p. 7, 2.
Pro Quinct. 6, 26	p. 100, 2.
21, 66	p. 100, 2.
Pro Sex. Roscio. 38, 110	p. 59, 3.
Pro Q. Roscio. 14, 43	p. 173, 2.
16	p. 43, 3.
in Verr. II, 1, 45, 117	pp. 129 s., * 141, s., 154,
IV, 47	p. 113, 2.
V, 39, 102	p. 172, 3.
Pro Tullio. 8	p. 27, 2.
Pro Cæcina. 1 ; 7 ; 8 ; 11	p. 27, 2.
6, 45	p. 28, 2.
Pro Cluentio. 14, 41	p. 146, 5.
60, 168	p. 173, 2.
Catilin. III, 5, 12	p. 145, 5.
Pro Murena. 12, 26	p. 13, 1, 5.
De domo. 6, 14	p. 58, 2.
Pro Cœlio. 22, 55	p. 173, 2.
CICÉRON :	
Pro Milon. 18, 48	p. 122, 1.
Ad Att. 2, 12	p. 172, 3.
13, 45	p. 73, 3.
15, 15	p. 172, 3.
Ad Qu. fr. 1, 1, 13	p. 145, 4.
Ad famil. 3, 2	p. 113, 2.
CLÉMENT D'ALEXANDRIE.	
Strom. V, 8	p. 46, 5 ; 47, 1.

DENYS D'HALICARNASSE :

Ant. Rom. 11,11	p. 7, 2.
2,13.	p. 50, 5.

FESTUS :

V° Addicere.	p. 62, 3.
Classici	p. 49, 6.
Condicere.	p. 97, 3.
Contestari.	p. 16, 1.
Contestari litem	p. 17, 1.
Lance et licio.	p. 78, 2.
Plorare.	p. 58, 2.
Portum.	p. 56, 1 ; 58.
Reus.	p. 16, 1.
Signare.	p. 188, 3.
Superstites	p. 13, 3 et 4.
Vagulatio	p. 56, 1.

HORACE :

Satir. I, 9,75	p. * 80, 1 ; 81, 1.
II, 3,181.	p. 43, 1.

ISIDORE :

Orig. 5,24, 5.	p. 128, 1.
9, 7, 24.	p. 136, 1.
18,13	p. 13, 4.
19,32,4	p. 145, 1.

MACROBE :

Saturn. 7,13.	p. 144, 2 ; 146, 2.
In Somm. Scip. 1,6.	p. 150, 5.

PAUL DIACRE :

V° Res comperendinata	p. 56, 4.
---------------------------------	-----------

PLAUTE :

Bacchid. IV, 4,19	p. 145, 5.
IV, 8,33.	p. 58, 2.
I, 1,30.	p. 42, 1.
I, 1,36	p. 39, 3.
III, 15, ss.	p. 80, 2, 3.
V, 2,25.	p. 80, 3.
V, 2,37-40.	p. 145, 5.
Persa. IV, 9,8	p. 80, 2.
Pœnul. I, 1,50	p. 7, 4.
II, 3,50	p. 7, 4.
V, 4,50.	p. 80, 2.
Pseudol. I, 5,144.	p. 58, 2.

PLINE L'ANCIEN :

Hist. Nat. 11,25,1.	p. 81, 2.
23,24,8	p. 43, 3.
30, 6,2	p. 43, 3.
33, 1,21	p. 145, 7.

PLINE LE JEUNE : Ep. II, 20,10.

p. 126, 1.

PLUTARQUE : Coriolan. 9.

p. 34, 3.

Galba. 8.

p. 167, 7.

PORPHYRIO :

in Horat Sat. I, 9,73	p. 80,2 ; 81,2.
---------------------------------	-----------------

	II, 3,181.	p. 41, 7 ; 43, 3,
PRISCIEIN :	Ed. Hertz, II, 382	p. 46,5.
PSEUDO-ACRO :		
	in Horat. Sat. I, 9,75.	p. * 80,1 ; 85, 2, 3.
	II, 3,181	p. 41,7.
QUINTILIEN :		
	Inst. Or. V, 7,9	p. 39, 7 ; 59,2.
	V, 7,32	p. 173, 1 et 2,
	XII, 8,13.	p. 172, 4.
Declam :		
	CCC.	p. 58, 2
	CCCVIII	p. 7, 2.
	CCCXII.	p. 131, 2.
SALLUSTE :		
	Hist. I, 41.	p. 43, 3.
SÉNÈQUE :		
	De Benef. 3,15,2.	p. 161, 2.
SERVIUS in Aneid,	3,339	p. 13, 4.
SUÉTONE :		
	Aug. 33.	p. 147, 3.
	50.	p. 167, 1.
	55.	p. 113, 4.
	101.	p. 131, 2.
	Tib. 24.	p. 131, 2.
	Nero. 4.	p. 131, 2.
	17.	p. 156, 1.
	Vita Horat. Cap. ultim.	p. 132, 2.
TACITE :		
	Annal. 1,72	p. 113, 3.
	4,40	p. 43, 3.
	Hist. 4,40	p. 43, 3.
	Dial. de or. 36.	p. 172, 1.
TITE-LIVE :	I, 32,12	p. 77, 1.
VALÈRE MAXIME :	VII, 76	p. 39, 3.
VARRON, Ling Lat.	VI, 81	p. 73, 3.
	VII, 93	p. 23, 4.
R. Rust.	II, 5, 1.	p. 52, 1.
VIRGILE :	Ecl. VI. 4	p. 81, 2.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS. — Justification du sujet. Bibliographie. Plan . . .	1
INTRODUCTION. — Etymologie. Définition provisoire	5

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

CHAPITRE I ^{er} . — Les superstites	12
SECTION I. — <i>Les superstites de la Reivindicatio</i>	13
SECTION II. — <i>La litis contestatio</i>	14
1. — Limitation de l'étude à la <i>litis contestatio</i> des Actions de la loi.	14
2. — Formes de la prise à témoin.	17
3. — Fonction de la prise à témoin.	21
SECTION III. — <i>La deductio quæ moribus fit</i>	27
CHAPITRE II. — Testament calatis comitiis, mancipation, etc	29
SECTION I. — <i>Testament calatis comitiis</i>	29
1. — Effets du <i>testimonium populi</i>	29
2. — Forme du <i>testimonium populi</i>	31
SECTION II. — <i>Mancipation</i>	36
1. Conditions de capacité et nombre des témoins . . .	37
2. Prestation du témoignage	51
3. Obligation des témoins	54
a) Sanction de l'obligation	54
b) Fondement de l'obligation	59

SECTION III. — <i>Autres actes juridiques</i>	71
1. La <i>confarreatio</i>	71
2. La <i>cretio</i>	73
3. Absence de témoignage dans les contrats	74
CHAPITRE III. — Actes de violence	77
SECTION I. — <i>Indictio belli</i>	77
SECTION II. — <i>Perquisitio lance licioque</i>	78
SECTION III. — <i>In jus vocatio</i>	79

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT CLASSIQUE

CHAPITRE I ^{er} . — Le témoignage oral	88
SECTION I. — <i>Les testationes et denuntiationes</i>	88
1. Présence des témoins	93
2. Fonction des témoins	103
SECTION II. — <i>Le testament</i>	105
1. Conditions de capacité des témoins	105
2. Leur nombre	127
SECTION III. — <i>Les testationes légales</i>	134
CHAPITRE II. — Le témoignage écrit	141
SECTION I. — <i>La loi de forme des actes</i>	141
1. Les cachets	144
2. Le nombre 7	148
SECTION II. — <i>Le testament écrit</i>	154
SECTION III. — <i>Les contrats</i>	159
1. La <i>testatio</i>	160
2. Le chirographe	165
SECTION IV. — <i>Les autres titres écrits</i>	169
CONCLUSION	317

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT BYZANTIN

CHAPITRE I ^{er} . — Les réformes du Bas-Empire	177
SECTION I. — <i>Modifications quant à la forme du témoignage instrumentaire.</i>	178
SECTION II. — <i>Modifications quant à sa fonction</i>	187
CHAPITRE II. — Système testimonial et système administratif.	193
SECTION I. — <i>Les précédents</i>	194
SECTION II. — <i>La période byzantine.</i>	199
1. Le tabellionat.	200
2. L'insinuation.	203
TABLE DES TEXTES.	211
TABLE DES MATIÈRES.	219

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
